

Université de Montréal

**Détermination judiciaire des faits et erreurs judiciaires :
perspective narrative sur le processus judiciaire criminel et la
recherche de la vérité**

par Juliette Vani

Université de Montréal

Faculté de droit

Mémoire présenté

en vue de l'obtention du grade de maître

en droit

Décembre 2016

© Juliette Vani, 2016

Résumé

Ce mémoire propose une conception narrative du système de justice criminel. Pour ce faire, l'auteure mobilise la théorie narrative suivant laquelle le procès contradictoire est appréhendé comme un concours entre différentes histoires. Le caractère général de cette théorie confère à l'auteure l'espace nécessaire pour analyser et expliquer différents aspects du traitement judiciaire des faits, que ce soit la preuve judiciaire, le processus de détermination judiciaire des faits, l'intervention judiciaire en appel ou encore le droit qui encadre chacun de ces aspects. La notion d'« histoire » favorise l'adoption d'une perspective qui sort du cadre restreint du procès dans lequel la notion de « preuve » est enfermée. La théorie narrative permet ainsi à l'auteure d'expliquer et d'organiser en un tout unifié divers aspects du processus judiciaire comme l'enquête, le dépôt des accusations, la théorie de la cause, le contre-interrogatoire ou encore la façon dont les faits sont d'abord choisis et assemblés par les parties avant d'être administrés et traités au procès sous forme de « preuve ». Appliquée au procès, cette théorie implique une approche holistique de la preuve suivant laquelle la détermination judiciaire des faits est une évaluation de la vraisemblance relative des histoires en compétition. Cela remet en question la vision traditionnelle (ou rationaliste) atomiste de la preuve où les faits sont déterminés suite à une décision sur la véracité ou la fausseté de chacun des éléments de preuve. Le nouvel éclairage qu'apporte cette vision narrative du procès et ses diverses implications mènent l'auteure à remettre en question le bien-fondé de la vision traditionnelle voulant que le procès mène à une détermination judiciaire des faits qui soit exacte. Au terme de son illustration de la valeur heuristique de la théorie narrative, l'auteure revisite sous la perspective narrative les récentes études en matière d'erreurs judiciaires. Elle en conclut que le droit commande au juge d'atteindre une vérité hybride sur les faits, à mi-chemin entre, d'une part, ce qui est survenu dans la réalité et, d'autre part, ce qui permet de conférer un maximum de cohérence aux éléments de preuves effectivement présentés au procès.

Mots-clés : Théorie de la preuve judiciaire; droit de la preuve; détermination judiciaire des faits; exactitude factuelle; erreur judiciaire; procès criminel; vision rationaliste du procès; droit et littérature; théorie narrative du procès; visée épistémique du procès.

Abstract

This master's thesis proposes a narrative conceptualization of the criminal justice system. The author employs the narrative theory framework that conceives the adversarial trial as a contest between different stories. This comprehensive theory offers a lens through which the author analyzes and explains multiple aspects of the judicial processing of facts including evidence at trial, fact-finding, appellate review and the law governing these aspects. The concept of "story" allows a broader perspective than the concept of "evidence" which is limited to the trial. This umbrella theory is therefore used to explain, organize and provide a united understanding of various aspects of the judicial system, such as the investigatory process, the laying of charges, the theory of a case, the cross-examinations, as well as how facts are chosen and organized before being presented and processed at trial as "evidence". At trial, the global perspective of the narrative theory challenges the traditional (or rationalist) atomist approach to evidence, which explains fact-finding as a decision based on the truthfulness or the falseness of each individual piece of evidence adduced at trial. The narrative perspective, rather, suggests a holistic approach – fact-finding is a decision regarding the relative plausibility between two competing stories. Thus, these insights from the narrative theory call into question the traditional assumption that trials lead to accurate findings of fact. After her demonstration of the heuristic value of the narrative theory, the author applies the narrative framework to recent studies on miscarriages of justice. She concludes that the law enables triers of fact to reach only a hybrid truth, halfway between what happened in reality and an assessment of the consistency between the evidence adduced at trial.

Keywords : Evidence law theory; Rules of evidence; Fact-finding; Factual accuracy; Miscarriages of justice; Criminal Trial; Rationalist model of adjudication; Law and literature; Narrative theory of trial; Epistemic goal of trial;

Table des matières

Résumé.....	i
Abstract.....	ii
Table des matières.....	iii
Liste des tableaux.....	v
Liste des figures.....	vi
Liste des sigles.....	vii
Liste des abréviations.....	viii
Remerciements.....	ix
Prologue.....	2
1. Les erreurs judiciaires.....	5
1.1 — Les limites de la recherche en matière d’erreurs judiciaires.....	9
1.2 — La vision traditionnelle du procès criminel canadien.....	18
1.3 — La visée épistémique du procès et la notion d’erreur judiciaire.....	23
1.4 — Objectif du mémoire.....	27
2. Le traitement judiciaire des faits.....	32
2.1 — Survol du droit judiciaire criminel canadien.....	32
2.2 — La vision traditionnelle du traitement judiciaire des faits.....	37
2.3 — Les recherches empiriques sur le traitement judiciaire des faits.....	43
2.3.1 Les histoires au centre des procès.....	43
2.3.2 Le <i>Story Model</i> comme modèle de processus décisionnel.....	45
2.3.3 Les histoires comme outils d’organisation de la preuve.....	52
3. La théorie narrative du procès.....	59
3.1 — La théorie narrative du procès et la détermination judiciaire des faits.....	66
3.2 — La théorie narrative du procès et l’idéal traditionnel de la vérité-correspondance.....	83
3.2.1 Une relecture narrative de la détermination judiciaire des faits.....	84

3.2.2 Une relecture narrative du processus judiciaire.....	97
3.3 — La théorie narrative du procès et le droit de la preuve.....	117
3.3.1 Aspect normatif de la théorie narrative du procès en droit de la preuve	119
3.3.2 La théorie narrative du procès comme cadre théorique en droit de la preuve	122
4. Une relecture narrative des sources d’erreurs judiciaires	145
4.1 — La preuve inexacte	146
4.1.1 Nier ou garder le silence?	153
4.1.2 Le doute raisonnable	163
4.2 — Les biais sociaux	176
4.2.1 La détermination judiciaire des faits suivant le bon sens	176
4.2.2 La détermination judiciaire des faits suivant la preuve présentée	185
5. Changement épistémologique.....	199
5. 1 — L’idéal de la vérité-correspondance.....	199
5.2 — De la vérité-correspondance vers la vérité-cohérence	203
5.3 — La vérité-systémique et la théorie explicative de la preuve.....	217
6. Le droit et la vérité-systémique.....	223
6.1 — Le droit positif de la détermination judiciaire des faits	224
6.2 — Une relecture narrative de l’appel du verdict de culpabilité par l’accusé en droit canadien	226
6.2.1 Le verdict déraisonnable	228
6.2.2 L’erreur sur les faits consignée au jugement du juge siégeant seul.....	235
6.2.3 Une relecture narrative du pouvoir d’intervention des cours d’appel et les erreurs judiciaires.....	238
Conclusion	248
Table de la législation et réglementation	i
Table de la jurisprudence	ii
Bibliographie.....	vi

Liste des tableaux

Tableau I. Visions traditionnelle et narrative du raisonnement judiciaire sur les faits suivant le droit	76
Tableau II. Position épistémologique de la vision traditionnelle du procès et de la théorie narrative du procès sur la détermination judiciaire des faits suivant le droit.....	212

Liste des figures

Figure 1. Critères de vraisemblance d'une histoire suivant Bennett et Feldman.....	47
Figure 2. Synthèse des critères de vraisemblance d'une histoire suivant les études de Bennett et Feldman et Pennington et Hastie	50

Liste des sigles

ADN : Acide désoxyribonucléique

Liste des abréviations

Art. : Article

C.cr.: Code criminel

Etc. : Et cætera

Préc.: Précité

Remerciements

Je tiens à remercier avant tout mon directeur de recherche, le professeur Pierre Noreau. Il a toujours répondu à l'appel lorsque j'en avais besoin et, surtout, il m'a fait confiance. Mon mémoire serait bien moins intéressant s'il ne m'avait pas donné la latitude pour que je suive de façon (assez) désorganisée les dédales de mes idées et que je rédige plus de la moitié de mon mémoire avant d'en trouver le sujet. Il n'a pas non plus eu peur lorsque je lui ai présenté 250 pages plutôt que 120. Il m'a encouragé à développer mes idées. Ce ne sont qu'une partie des raisons pour lesquelles mon mémoire lui est avant tout dédié.

La rédaction de ce mémoire n'aurait jamais été possible si les professeurs Pierre Noreau, Jean-Guy Belley, Danielle Pinard ainsi que l'honorable Nicolas Kasirer ne m'avaient pas appuyée au début de mon aventure de manière à ce que j'obtienne les ressources nécessaires pour me consacrer à mon projet. Le travail qu'a requis ce mémoire a été possible grâce au financement du Conseil de recherches en sciences humaines et du Fonds de recherche du Québec Société et Culture.

Un merci tout particulier à Angéline Couvreur et Éva Richard pour leur soutien indéfectible tout au long de cette folle année de rédaction. Vous êtes parties de ces pages et chacune d'elle me rappelle un moment bien particulier que j'ai eu le bonheur de partager avec vous. Un remerciement spécial à Vincent Ranger, Francis Villeneuve et Téo Vani, pour m'avoir conseillée et relue, contribuant ainsi à ce que je précise et clarifie mes idées. Merci aussi à la cohorte des clercs de la Cour suprême du Canada 2016-2017 avec lesquels j'ai pu débattre et raffiner encore davantage ce texte.

Une étreinte chaleureuse pour Claude, Germaine et Isabelle et leur support inconditionnel.

Finalement, une pensée spéciale à André Rochon qui m'a permis de croire en moi au tout début de ma jeune carrière de manière à être aujourd'hui fière de signer ce mémoire.

Juliette

*My wisdom is precisely [...] that only
wisdom, as I believe [...], which is
possible to man: namely [...],
knowledge of his own ignorance.¹*

¹ James RIDDELL, *Plato: The Apology of Plato*, coll. Internet Archive, Oxford, Clarendon Press, 1867, p. 46, en ligne : <<http://archive.org/details/platoapologyofpl00ridd>> (consulté le 5 septembre 2016).

Prologue

La condamnation judiciaire d'un accusé pour la commission d'un crime confère à l'État le « droit » de lui infliger une peine². Puisqu'elle entraîne l'administration d'une sanction étatique sans justification, la condamnation d'innocents hante le système pénal depuis qu'il existe. Les différentes causes des condamnations erronées sont aujourd'hui largement documentées grâce aux multiples études empiriques menées sur la question.

La notion d'*erreur* dans les expressions « erreurs judiciaires » et « condamnations erronées » suppose que ces dernières résultent d'une faille dans l'opération d'un système qui a pour but — et qui devrait être en mesure — de départager le coupable de l'innocent. Bien que largement acceptée, cette prémisse s'appuie sur une certaine conception du système judiciaire et des objectifs qu'il poursuit, dite « traditionnelle » ou « rationaliste ». Cette conception traditionnelle tient pour acquis que le procès criminel doit mener à une reconstitution exacte des faits à la base de l'infraction reprochée à l'accusé ou, autrement dit, à une reconstitution des faits suffisamment représentative de ce qui est survenu dans la réalité pour que le verdict qui en résulte corresponde à la culpabilité ou à la non-culpabilité réelle de l'accusé. Le présent mémoire oppose cette vision bien implantée du système judiciaire à une autre : celle proposée par la « théorie narrative du procès ». Cette dernière permet de s'interroger sur la capacité du processus de détermination judiciaire des faits à atteindre l'exactitude prétendue par la vision traditionnelle.

Ce mémoire explore avant tout les tenants et aboutissants d'une reconceptualisation du système de justice criminel suivant la théorie narrative. Ses différents chapitres se présentent sous forme de blocs argumentatifs qui visent à illustrer l'intérêt heuristique de cette théorie pour l'étude du droit judiciaire, de sa pratique et même de ses fondements. Il va sans dire qu'un essai purement théorique n'a pas la valeur d'une démonstration empirique de la validité du modèle narratif. Une telle démonstration est certes souhaitable, mais elle nécessite un

² Voir Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, coll. Bibliothèque des histoires, Paris, Gallimard, 1975; Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, coll. Garnier Flammarion, n°633, Paris, Flammarion, 1991 (1764).

développement plus important que ce qu'il était possible de réaliser dans le cadre de cette maîtrise.

Dans ce mémoire, la théorie narrative est utilisée tout d'abord pour expliquer au sein d'un seul cadre différents domaines du droit qui régissent le traitement judiciaire des faits, que ce soit le droit de la preuve et de la procédure, le droit en matière de détermination judiciaire des faits ou encore le droit relatif à l'intervention en appel sur les faits. Grossièrement, suivant les prescriptions légales, chacune des parties au procès construit sa théorie de la cause et présente sa preuve au procès conformément aux règles de preuve et procédure. Le tribunal détermine par la suite les faits qu'il juge vrais en s'appuyant sur la preuve admissible et pertinente qu'il juge probante. La théorie narrative du procès appréhende sous la forme d'une histoire les faits que chacune des parties présente au procès à l'aide de preuves. Chaque partie avance ainsi une histoire qu'elle prétend être une représentation fidèle de l'événement dont le déroulement est contesté. Pour mener à terme son mandat et déterminer les faits de l'affaire, le tribunal sélectionne ensuite l'histoire qu'il juge la plus représentative de la vérité parmi celles présentées ou celles qui peuvent en être inférées. La théorie narrative implique ainsi une approche holistique de la preuve judiciaire suivant laquelle la décision judiciaire sur les faits est une évaluation de la vraisemblance relative des histoires en compétition. Elle remet en question la vision traditionnelle de la preuve qui est plutôt atomiste, en ce qu'elle suppose que les faits sont déterminés suite à une décision sur la véracité ou la fausseté de chacun des éléments de preuve présentés.

En plus d'expliquer de façon unifiée plusieurs domaines de droit relatifs à la preuve judiciaire, la théorie narrative offre aussi une perspective analytique sur la pratique judiciaire en expliquant comment ce droit est appliqué concrètement par les différents acteurs du système judiciaire. Le droit n'est plus conçu dans un vacuum : du respect des prescriptions juridiques découle une pratique judiciaire qui, elle aussi, peut s'expliquer par la même théorie. La notion d'« histoire » au cœur de la théorie narrative permet de plus d'adopter une perspective sur cette pratique qui a l'avantage de sortir du cadre restreint du procès dans lequel la notion de « preuve » est enfermée. La théorie narrative offre ainsi la possibilité d'expliquer et d'organiser dans une même structure théorique divers éléments du processus judiciaire comme l'enquête, le dépôt des accusations, la théorie de la cause, le contre-interrogatoire ou

encore la logique par laquelle les faits sont d'abord choisis et assemblés par les parties avant d'être présentés et traités au procès sous forme de « preuve ». Les différents chapitres de ce mémoire proposent une déconstruction théorique de plusieurs de ces aspects puis leur reconstruction en tenant compte des postulats de la théorie narrative. Nous synthétisons et discutons la contribution des auteurs qui ont déjà procédé à cet exercice et nous relevons au passage les limites de leur analyse et les enjeux particuliers que cette conception nouvelle du procès soulève. Le caractère général de cette théorie nous confère ainsi l'espace nécessaire pour analyser, expliquer et organiser au sein d'un même cadre différents aspects du traitement judiciaire des faits, que ce soit le droit qui le régit ou le processus qui résulte de l'application de ce droit. L'avantage indéniable d'avoir un cadre unique pour appréhender autant d'éléments est de permettre d'articuler leur interaction et leur influence mutuelle.

Le nouvel éclairage que confère la perspective narrative nous mène ultimement à critiquer le bien-fondé de la vision traditionnelle voulant que le procès criminel mène à une détermination judiciaire des faits exacte. Nous sommes d'avis que la logique narrative suppose de reconsidérer l'objectif réel qu'atteint la détermination judiciaire des faits suivant le droit canadien actuel. Après une relecture narrative des récentes études en matière d'erreurs judiciaires, notre conclusion est que le droit commande et permet uniquement au tribunal d'atteindre une vérité hybride sur les faits, à mi-chemin entre ce qui est survenu dans la réalité et ce qui permet de conférer un maximum de cohérence aux éléments de preuves effectivement présentés au procès.

À défaut de prétendre que le droit et le procès sont conçus de manière à assurer l'exactitude des faits déterminés par le tribunal, la conception narrative du procès criminel suppose la remise en question de la notion même d'« erreur » judiciaire. Nous amorçons d'ailleurs le présent mémoire par la revue de l'état de la recherche en cette matière puisque celle-ci permet de s'interroger sur la place de la recherche de la vérité dans le système de justice criminelle canadien, objet d'intérêt du présent mémoire.

1. Les erreurs judiciaires

« Même s’il est salué à travers le monde, le système de justice criminelle canadien n’est pas à l’abri du risque d’erreur judiciaire. Pour remédier à de telles situations, les victimes de ces erreurs — heureusement très rares mais aux conséquences importantes — bénéficient de certains recours. »³

C’est en ces termes que la Cour suprême du Canada prenait acte, en 2015, de la possibilité que le système de justice criminelle produise des erreurs judiciaires. Une affirmation qu’elle s’empresse néanmoins de tempérer en soulignant leur rareté toute particulière. Depuis 1989, date de la première « exonération »⁴ basée sur les tests d’ADN⁵, 343 condamnés ont été exonérés par cette méthode aux États-Unis en date du présent mémoire⁶. La « révolution ADN »⁷ et les rapports des commissions d’enquête canadiennes sur des cas d’erreurs judiciaires⁸ ont conféré une voix à leurs victimes⁹. Jusque-là, leur invisibilité les empêchait d’être entendues. Le débat se situait en amont, à savoir si les erreurs judiciaires existaient vraiment¹⁰, tel que l’illustre cet extrait d’un jugement de 1923 du respecté juge américain

³ *Hinse c. Canada (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.S. 621, paragr. 1.

⁴ Le terme « exonération » est entendu comme un acte officiel reconnaissant la non-culpabilité d’un individu pour un crime pour lequel il a été condamné. Voir Samuel R. GROSS, Kristen JACOBY, Daniel J. MATHESON, Nicholas MONTGOMERY et Sujata PATIL, « Exonerations in the United States, 1989 through 2003 », (2005) 95-2 *J. Crim. Law Criminol.* 523, 524.

⁵ Quant à cette première exonération, voir Brandon L. GARRETT, « Innocence, Harmless Error, and Federal Wrongful Conviction Law », (2005) 2005 *Wis. Law Rev.* 35, 51; S. R. GROSS, K. JACOBY, D. J. MATHESON, N. MONTGOMERY et S. PATIL, préc., note 4, 523.

⁶ « Innocence Project », en ligne : <www.innocenceproject.org> (consulté le 20 août 2016).

⁷ Notre traduction de l’expression « *DNA Revolution* » empruntée à Marvin ZALMAN, « The Adversary System and Wrongful Conviction », dans C. Ronald HUFF et Martin KILLIAS (dir.), *Wrongful Conviction : International Perspectives on Miscarriages of Justice*, Philadelphia, Temple University Press, 2008, p. 71 à la page 73.

⁸ Les cas de condamnations erronées pour lesquelles il y a eu un rapport d’une commission d’enquête au Canada sont ceux de Donald Marshall Jr. (1989), Guy Paul Morin (1998), Thomas Sophonow (2000), Ronald Dalton, Gregory Parsons et Randy Druken (2006), James Driskell (2007) et Davis Milgaard (2008). Voir Bibi SANGHA, Robert MOLES et Kent ROACH, *Forensic Investigations and Miscarriages of Justice : the Rhetoric Meets the Reality*, Toronto, Irwin Law, 2010, p. 211 et suivantes.

⁹ Sur les mouvements pour les victimes d’erreurs judiciaires, voir Sarah Lucy COOPER (dir.), *Controversies in Innocence Cases in America*, coll. Controversies in American Constitutional Law, Farnham, Ashgate Publishing, 2014.

¹⁰ Le niveau de certitude qu’il y a eu une erreur que permet d’atteindre l’ADN ne peut être comparé antérieurement qu’aux cas où un innocent était condamné pour un meurtre dont le corps de la victime n’avait jamais été retrouvé, et où ladite victime finissait par réapparaître. Voir Barry SCHECK et Peter NEUFELD, « DNA

Learned Hand : « *Our procedure has been always haunted by the ghost of the innocent man convicted. It is an unreal dream.* »¹¹

Presque 100 ans plus tard, les propos de la Cour suprême du Canada rapportés en ouverture du présent chapitre sont un peu plus nuancés que ceux du juge Hand. Il n'en demeure pas moins que le plus haut tribunal canadien prétend à une rareté que nul chercheur s'étant penché sur la question n'oserait affirmer. En 2006, le juge Scalia de la Cour suprême des États-Unis est allé jusqu'à chiffrer cette rareté à 0,027 % en affirmant que le système de justice criminelle américain s'approchait de la perfection avec un taux d'exactitude de 99,973 %¹². Pour ce faire, il se base sur l'opinion d'un procureur de l'État publié dans le *New York Times* voulant que même en multipliant par 10 le nombre d'exonérations américaines entre 1989 et 2003 rapportées par un article scientifique¹³ (le faisant passer de 340 à 4000), en divisant ce nombre par les 15 millions de condamnations criminelles pour les mêmes 15 années, cela donne un taux de succès du système de 99,973 %¹⁴.

Le nombre d'exonérations officielles ne peut simplement pas permettre de quantifier l'efficacité globale d'un système. Puisque ce ne sont pas toutes les condamnations erronées qui mènent à une exonération, il est impossible de les chiffrer¹⁵. Le nombre d'exonérations

and Innocence Scholarship », dans Sandra D. WESTERVELT et John A. HUMPHREY (dir.), *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001, p. 241 à la page 248.

¹¹ *U.S. v. Garsson*, 291 F. 646, 649 (S.D. N.Y., 1923); pour d'autres références à des affirmations officielles de l'inexistence d'erreurs judiciaires, voir Michael D. RISINGER, « Unsafe Verdicts: The Need for Reformed Standards for the Trial and Review of Factual Innocence Claims », (2004) 41-4 *Houst. Law Rev.* 1281, 1334 cet auteur attribue la reconnaissance officielle de leur existence à la révolution ADN.

¹² Le juge Scalia fait référence à un taux d'erreur (*error rate*) de 0,027 %. Voir *Kansas v. Marsh*, 126 S. Ct. 2516, 2538 (2006) (j. Scalia, motifs concordants).

¹³ Le juge Scalia et le procureur semblent référer à l'article suivant : S. R. GROSS, K. JACOBY, D. J. MATHESON, N. MONTGOMERY et S. PATIL, préc., note 4.

¹⁴ *Kansas v. Marsh*, préc., note 12, 2538 (j. Scalia, motifs concordants).

¹⁵ Voir Samuel R. GROSS, Barbara O'BRIEN, Chen HU et Edward H. KENNEDY, « Rate of false conviction of criminal defendants who are sentenced to death », (2014) 111-20 *Proc. Natl. Acad. Sci. U. S. A.* 7230; Samuel R. GROSS et Michael SHAFFER, *Exonerations in the United States, 1989-2012*, 277, coll. Public Law and Legal Theory Working Paper Series, University of Michigan Law School, 2012, p. 551, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2092195>; Brandon GARRETT, *Convicting the Innocent : Where Criminal Prosecutions Go Wrong*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, p. 11; M. ZALMAN, préc., note 7 à la page 74; C. Ronald HUFF, « Wrongful Convictions in the United States », dans C. Ronald HUFF et Martin KILLIAS (dir.), *Wrongful Conviction : International Perspectives on Miscarriages of Justice*, Philadelphia,

peut au mieux être utilisé pour quantifier un taux d'exonération qui, par ailleurs, ne peut valoir que pour un type de crime particulier. En effet, les tests d'ADN ne sont possibles que lorsque l'infraction a généré du matériel génétique par ailleurs recueilli par les enquêteurs¹⁶. C'est ce qui explique que les 250 premiers exonérés américains grâce aux tests ADN étaient condamnés pour agression sexuelle (68 %), meurtre (9 %) ou pour ces deux crimes combinés (52 %) — et que seulement 2 % d'entre eux étaient condamnés pour d'autres crimes comme le vol ou la tentative de meurtre¹⁷. Ces crimes particulièrement susceptibles de produire du matériel génétique représentent un nombre infime des condamnations : en 2002, toujours pour les États-Unis, seul 0,7 % des condamnés l'étaient pour meurtre et 0,8 % pour agression sexuelle¹⁸. Ainsi, en comparant le nombre d'exonérations officielles avec le nombre de condamnations de la même catégorie de crime pour la même période de temps, le taux est susceptible d'être beaucoup plus élevé. Par exemple, des chercheurs ont démontré que si tous les condamnés à mort aux États-Unis entre 1973 et 2004 étaient demeurés dans le couloir de la mort¹⁹, au moins 4,1 % d'entre eux auraient fini par être exonérés²⁰. Ce taux est d'ores et déjà beaucoup plus important que le 0,027 % avancé par le juge Scalia et il s'agit d'un taux d'exonération officielle. Il ne s'agit pas d'un taux d'erreur parce qu'il ne tient pas compte des

Temple University Press, 2008, p. 59 à la page 60; Samuel R. GROSS et Barbara O'BRIEN, « Frequency and Predictors of False Conviction: Why We Know So Little, and New Data on Capital Cases », (2008) 5-4 *J. Empir. Leg. Stud.* 927, 28; S. R. GROSS, K. JACOBY, D. J. MATHESON, N. MONTGOMERY et S. PATIL, préc., note 4, 551; Daniel GIVELBER, « Lost Innocence: Speculation and Data about the Acquitted », (2005) 42 *Am. Crim. Law Rev.* 1167, 1198; M. D. RISINGER, préc., note 11, 1292; Daniel GIVELBER, « Meaningless Acquittals, Meaningful Convictions: Do We Reliably Acquit the Innocent », (1997) 49-4 *Rutgers Law Rev.* 1317, 1346.

¹⁶ B. GARRETT, préc., note 15, p. 12.

¹⁷ *Id.*, p. 5; en 2009, les 200 premiers exonérés grâce aux tests d'ADN avaient été condamnés à 71% pour agression sexuelle, à 6% pour meurtre et à 22% pour les deux. Voir Brandon GARRETT, « Judging Innocence », (2008) 108 *Columbia Law Rev.* 55, 73; voir aussi S. R. GROSS et B. O'BRIEN, préc., note 15, 940: « [...] *virtually all the individual exonerations we know about are in rape and murder cases.* ».

¹⁸ Voir B. GARRETT, préc., note 17, 74; au Canada, en 2008-2009, le taux d'accusation pour le meurtre sur l'ensemble des accusations pour des infractions criminelles est de 0,0 % (412 sur 1 161 018) et pour des infractions d'ordre sexuel, il est de 1,5 % (17 072 sur 1 161 018). Voir « Accusations et causes devant les tribunaux de juridiction criminelle pour adultes, Canada, 2008-2009 », *Statistique Canada*, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2010002/article/11293/tbl/tbl1-fra.htm>> (consulté le 11 mai 2016).

¹⁹ C'est-à-dire si aucun n'était décédé, n'avait été exécuté ou n'avait vu sa peine être substituée.

²⁰ S. R. GROSS, B. O'BRIEN, C. HU et E. H. KENNEDY, préc., note 15; ces auteurs expliquent par ailleurs que le taux d'innocents est susceptible d'être plus élevé parmi les condamnés pour un crime passible de la peine capitale qui ne sont pas condamnés à mort. Voir *Id.*, 7234.

cas qui demeurent invisibles lorsque l'erreur n'est jamais démontrée au point de mener à une exonération officielle — que ce soit faute de preuves, de ressources, de soutien ou autres.

En 1995, une enquête fédérale aux États-Unis a démontré que depuis que les policiers ont commencé à envoyer des échantillons pour des analyses d'ADN durant leurs enquêtes, dans 25 % des cas, le principal suspect est écarté de tout soupçon²¹. Que penser des cas où aucun matériel génétique ne peut permettre d'écarter les premiers suspects? S'il est légitime de se féliciter de ce nouvel outil dans les cas où du matériel génétique est disponible, les tests ADN mettent aussi en exergue la marge d'erreur potentielle pour tous les cas où ce matériel n'est pas disponible.

Si les exonérations dues à la révolution ADN ne permettent en aucun cas d'estimer le taux d'efficacité réelle des systèmes judiciaires de common law, elles ont du moins permis de révéler les *causes* de ces erreurs, aujourd'hui objets d'un consensus important. Essentiellement, les causes reconnues sont les identifications visuelles erronées, les parjures de témoins ou d'officiels de la justice criminelle, la négligence ou le comportement inadéquat des policiers ou des procureurs de l'État, les confessions erronées, les preuves médico-légales erronées ou mal interprétées et le caractère inadéquat de la défense²².

²¹ Edward CONNORS, Thomas LUNDREGAN, Neal MILLER et Tom MCEWEN, *Convicted by Juries, Exonerated by Science: Case Studies in the Use of DNA Evidence to Establish Innocence After Trial*, Washington, National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, 1996, p. 20; cette étude est aussi rapportée par B. GARRETT, préc., note 15, p. 12 et 264; D. GIVELBER, préc., note 15, 1357.

²² Voir par exemple S. L. COOPER (dir.), préc., note 9; S. R. GROSS et M. SHAFFER, préc., note 15; Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012; B. GARRETT, préc., note 15; B. SANGHA, R. MOLES et K. ROACH, préc., note 8; Kent ROACH, « Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes », (2009) 35 *N. C. J. Int. Law Commer. Regul.* 387, 393; M. ZALMAN, préc., note 7 à la page 71; C. Ronald HUFF et Martin KILLIAS, « Wrongful Conviction : Conclusions from an International Overview », dans C. Ronald HUFF et Martin KILLIAS (dir.), *Wrongful Conviction : International Perspectives on Miscarriages of Justice*, Philadelphia, Temple University Press, 2008, p. 287; David CARSON, Rebecca MILNE, Francis PAKES, Karen SHALEV et Andrea SHAWYER (dir.), *Applying Psychology to Criminal Justice*, Chichester, John Wiley & Sons, 2007; Bruce MACFARLANE, « Convicting The Innocent : A Triple Failure of the Justice System », (2006) 31 *Manit. Law J.* 403, 444; Andrew M. SIEGEL, « Moving Down the Wedge of Injustice: A Proposal for a Third Generation of Wrongful Convictions Scholarship and Advocacy », (2005) 42 *Am. Crim. Law Rev.* 1219; Andrew D. LEIPOLD, « How the Pretrial Process Contributes to Wrongful Convictions », (2005) 42 *Am. Crim. Law Rev.* 1123, 1123; Daniel S. MEDWED, « Looking Foreword: Wrongful Convictions and Systematic Reform », (2005) 42 *Am. Crim. Law Rev.* 1117, 1117; Richard A. LEO, « Rethinking the Study of Miscarriages of Justice: Developing a

Toutes ces « sources » de condamnations erronées ne sont pas propres aux crimes qui les ont révélés, des meurtres et des agressions sexuelles dans lesquels du matériel génétique a été recueilli. Dans chaque dossier judiciairisé, des policiers, des procureurs de l'État et des avocats de la défense sont impliqués. Les preuves par témoins, les identifications visuelles, les confessions et les preuves médico-légales sont utilisées dans une proportion importante des procès. Si une seule conclusion peut être tirée de ces exonérations, c'est donc que le nombre de condamnations erronées est forcément supérieur à celui des exonérations officielles :

« Together, these developments tell us that DNA exonerations are the tip of an immeasurable iceberg. DNA analysis is decisive in only a small minority of cases, but the forms of evidence that it has proven to be unreliable — other forensic analysis, eyewitnesses, informant testimony — are extremely widespread. »²³

C'est ainsi qu'après une revue des principales études menées sur la question dans les différents systèmes de justice criminelle de common law, le procureur de la Couronne MacFarlane est d'avis qu'il faut dorénavant faire face à la réalité que les erreurs judiciaires surviennent de façon significative dans ces systèmes, incluant au Canada²⁴.

1.1 — Les limites de la recherche en matière d'erreurs judiciaires

Suite à notre revue de la prolifique littérature portant sur les erreurs judiciaires, nous avons constaté une difficulté importante limitant toute avancée significative en la matière. Après qu'une condamnation erronée soit révélée, il est usuellement facile d'expliquer ce qui est arrivé²⁵. En rétrospective, la preuve incriminant l'accusé que l'on sait innocent est

Criminology of Wrongful Conviction », (2005) 21-3 *J. Contemp. Crim. Justice* 201, 208; Sandra D. WESTERVELT et John A. HUMPHREY (dir.), *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001; D. GIVELBER, préc., note 15, 1348 et suivantes.

²³ Darryl K. BROWN, « The Decline of Defense Counsel and the Rise of Accuracy in Criminal Adjudication », (2005) 93-6 *Calif. Law Rev.* 1585, 1594; voir aussi B. GARRETT, préc., note 15, p. 5 et 265; C. R. HUFF, préc., note 15 à la page 61; D. S. MEDWED, préc., note 22, 1117-1118; S. R. GROSS, K. JACOBY, D. J. MATHESON, N. MONTGOMERY et S. PATIL, préc., note 4, 531.

²⁴ B. MACFARLANE, préc., note 22, 406, les systèmes analysés sont ceux du Canada, des États-Unis, de la Grande-Bretagne, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande; cette opinion est partagée par la plupart des chercheurs américains ayant fouillé la question. Voir à titre d'exemples : B. GARRETT, préc., note 15, p. 11; Paul ROBERTS et Adrian ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 249; S. R. GROSS et B. O'BRIEN, préc., note 15, 958; D. GIVELBER, préc., note 15, 1357.

²⁵ Développant cet argument, voir S. R. GROSS et B. O'BRIEN, préc., note 15, 932.

forcément inexacte ou erronée. Le professeur Brandon Garrett s'est prêté à l'exercice en analysant les dossiers et transcriptions des procès des 250 premiers condamnés américains à être exonérés grâce aux tests ADN²⁶. Il relève que 234 ont été trouvés coupables après un procès alors que 16 ont plaidé coupables. La proportion de la preuve incriminante et inexacte — c'est-à-dire ne représentant pas fidèlement la vérité — ayant été présentée dans les procès des exonérés est la suivante : 16 % ont confessé un crime qu'ils n'avaient pas commis; 76 % ont été faussement identifiés par au moins un témoin oculaire; dans 21 % des procès, un informateur a menti au procès; 61 % des experts amenés par l'État (93 des 153) ont témoigné sur de fausses statistiques de fiabilité, sur des conclusions que les preuves médico-légales n'appuyaient pas, ou ont utilisé des techniques médico-légales qui n'étaient pas fiables²⁷.

La réalité, c'est que ces constats ne permettent pas d'identifier les cas d'erreurs judiciaires avant qu'ils ne surviennent²⁸. L'étude des causes des erreurs judiciaires est conduite *a posteriori*, menant à des conclusions fréquemment circulaires. Par exemple, l'indice qu'une identification visuelle erronée est survenue est l'exonération de la personne identifiée²⁹. Toutes ces études portant sur les causes d'erreurs judiciaires conduisent invariablement les chercheurs à proposer une hausse de la rigueur dans la collecte, l'analyse et la présentation de chacune des preuves identifiées comme « à risque » de causer une erreur :

« Recognizing that "garbage in" usually means "garbage out," the primary response of reformers has thus been to restrict certain types of evidence that is presented at trial. Proposals to change eyewitness identification procedures, prohibit the use of certain types of forensic testing, limit the use of informants, making it harder to obtain confessions, and instructing juries on the risks of cross racial identification are part of the multi-headed effort to focus and improve the information the jury considers. »³⁰

²⁶ Pour la méthodologie suivie, voir B. GARRETT, préc., note 15, p. 277 et suiv.

²⁷ *Id.*, p. 7-10; dans 3 cas, la preuve incriminante erronée était de l'ADN. Voir B. GARRETT, préc., note 15; contrairement à la croyance populaire, plusieurs domaines médico-légaux ne sont pas scientifiques. Voir Michael J. SAKS, « Explaining the Tension between the Supreme Court's Embrace of Validity as the Touchstone of Admissibility of Expert Testimony and Lower Courts' (Seeming) Rejection of Same », (2008) 5-3 *Episteme J. Soc. Epistemol.* 329, 329.

²⁸ Voir S. R. GROSS et B. O'BRIEN, préc., note 15, 929.

²⁹ *Id.*, 932; pour une discussion sur les méthodologies possibles pour étudier les condamnations erronées, voir *Id.*, 936; un criminologue relève des limitations méthodologiques aux études systématiques sur cette question, notamment l'absence d'échantillon aléatoire et de groupe contrôle dans R. A. LEO, préc., note 22, 216.

³⁰ A. D. LEIPOLD, préc., note 22, 1126.

Ainsi, les auteurs proposent généralement que les policiers suivent une procédure recommandée pour les parades d'identification de sorte à limiter les identifications visuelles erronées³¹ et procèdent à des interrogatoires suivant certaines méthodes pour diminuer le risque de fausses confessions³². Quant aux lacunes relatives aux preuves médico-légales, les auteurs proposent systématiquement de renforcer l'ensemble des pratiques entourant leur collecte, leur analyse et la transmission des résultats³³. En ce qui a trait aux informateurs de prison, plusieurs chercheurs proposent des recommandations afin d'assurer une certaine

³¹ Par exemple, voir David M. ZIMMERMAN, Jacqueline L. AUSTIN et Margaret Bull KOVERA, « Suggestive Eyewitness Identification Procedures », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 125; B. GARRETT, préc., note 15, p. 248; K. ROACH, préc., note 22, 403; Ronald P. FISHER et Margaret C. REARDON, « Eyewitness Identification », dans David CARSON, Rebecca MILNE, Francis PAKES, Karen SHALEV et Andrea SHAWYER (dir.), *Applying psychology to criminal justice*, Chichester, John Wiley & Sons, 2007, p. 21; B. MACFARLANE, préc., note 22, 449; B. L. GARRETT, préc., note 5, 104; suggérant que directives uniformisées incorporant les meilleures pratiques soient adoptées par tous les services de police canadiens, voir Nick KASCHUCK, « Toward a Proper and Complete Instruction for Photo Lineups: Preserving the Probative Value of Identification Evidence », (2012) 16 *Rev. Can. Droit Pénal* 1; pour le traitement judiciaire canadien de cette preuve, voir S. Casey HILL, David M. TANOVICH et Louis P. STREZOS, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5^e éd., 3, Toronto, Thomson Reuters, feuilles mobiles, à jour en mai 2016, ch. 32; pour le traitement judiciaire américain du problème de la fiabilité de ce type de preuve, voir Keith A. FINDLEY, « Innocents at Risk: Adversary Imbalance, Forensic Science, and the Search for Truth », (2008) 38-3 *Seton Hall Law Rev.* 893, 915 et suiv.; Rory O'DAY, « Eyewitness Evidence », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 587; discutant de certaines mesures adoptées aux États-Unis pour renforcer les procédures d'identification, voir Jules EPSTEIN, « Eyewitness and Erroneous Convictions: An American Conundrum », dans Sarah Lucy COOPER (dir.), *Controversies in Innocence Cases in America*, coll. Controversies in American constitutional law, Farnham, England, Ashgate Publishing Limited, 2014, p. 41 aux pages 54-55.

³² Voir par exemple Deborah DAVIS, Richard A. LEO et Michael J. WILLIAMS, « Disputed Interrogation Techniques in America: True and False Confessions and the Estimation and Valuation of Type I and II Errors », dans Sarah Lucy COOPER (dir.), *Controversies in Innocence Cases in America*, coll. Controversies in American constitutional law, Farnham, Ashgate Publishing, 2014, p. 57; Lisa E. HASEL et Saul M. KASSIN, « False Confessions », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 53 à la page 70; B. GARRETT, préc., note 15, p. 247; K. ROACH, préc., note 22, 409; B. MACFARLANE, préc., note 22, 478; B. L. GARRETT, préc., note 5, 103; Richard A. LEO, « False Confessions: Causes, Consequences, and Solutions », dans Sandra D. WESTERVELT et John A. HUMPHREY (dir.), *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001, p. 36 à la page 47 et suiv.

³³ Voir par exemple B. GARRETT, préc., note 15, p. 252; B. SANGHA, R. MOLES et K. ROACH, préc., note 8, p. 369 et suivantes; K. ROACH, préc., note 22, 412; K. A. FINDLEY, préc., note 31, 951 et suiv.; B. MACFARLANE, préc., note 22, 464 et suivantes; B. L. GARRETT, préc., note 5, 105.

fiabilité à leurs témoignages³⁴. D'autres vont jusqu'à proposer un renforcement généralisé des règles d'admissibilité de toutes les preuves afin que seules celles obtenues de façon fiable selon les normes établies par des recherches empiriques soient considérées à un procès³⁵. S'il est vrai que la fiabilité des preuves qui se révèlent inexactes de manière récurrente pourrait être renforcée, aucune corrélation directe n'existe entre le recours à un type de preuve particulier et l'occurrence d'une erreur judiciaire. Les preuves matérielles, documentaires et orales (par témoignage) sont les 3 formes principales de preuve dans le système judiciaire canadien³⁶. Il est impossible de purger le tribunal des preuves médico-légales, des confessions des accusés, des identifications par témoin oculaire ou même des informateurs de police sans modifier substantiellement le système.

Une autre avenue amplement explorée par la littérature en matière d'erreurs judiciaires est l'analyse de l'ensemble des comportements inadéquats des acteurs clés du système judiciaire. La « vision en tunnel » survient lorsque, dans un dossier donné, les policiers, les « poursuivants »³⁷ et les experts ne se concentrent que sur la culpabilité d'un suspect, puis d'un accusé, en ne considérant simplement pas les autres possibilités :

³⁴ MacFarlane propose 11 recommandations pour augmenter la fiabilité de tels témoignages. Voir B. MACFARLANE, préc., note 22, 470; Roach rapporte que plusieurs commissions d'enquête canadiennes ont recommandé l'inadmissibilité de ces témoignages. Voir K. ROACH, préc., note 22, 406; voir aussi Jeffrey S. NEUSCHATZ, Nicholas JONES, Stacy A. WETMORE et Joy MCCLUNG, « Unreliable Informant Testimony », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 213; B. GARRETT, préc., note 15, p. 256; Clifford S. ZIMMERMAN, « Back from the Courthouse: Corrective Measures to Address the Role of the Informants in Wrongful Convictions », dans Sandra D. WESTERVELT et John A. HUMPHREY (dir.), *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001, p. 199.

³⁵ Voir Dan SIMON, « The Limited Diagnosticity of Criminal Trials », (2011) 64 *Vanderbilt Law Rev.* 143, 215.

³⁶ S. Casey HILL, David M. TANOVICH et Louis P. STREZOS, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5^e éd., 1, Toronto, Thomson Reuters, feuilles mobiles, à jour en mai 2016, n^o 1:20.

³⁷ Le « poursuivant » est « la personne qui intente des poursuites en vertu » du *Code criminel*. Voir *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, art. 2; COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *Les poursuites privées*, coll. Document de travail, n^o52, Ottawa, La Commission, 1986, p. 8; ce terme désigne donc le policier dénonciateur jusqu'à ce que s'y substitue le procureur de la Couronne lorsqu'il intervient au dossier, s'il y a lieu. Voir R.E. SALHANY, *Canadian Criminal Procedure*, 6^e éd., 1, Toronto, Thomson Reuters, feuilles mobiles, à jour en mars 2016, n^o 6.250; Alan W. MEWETT, *An Introduction to the Criminal Process in Canada*, 4^e éd., Scarborough, Carswell, 2000, p. 96; Tim QUIGLEY, *Procedure in Canadian Criminal Law*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 2005, feuilles mobiles, à jour en décembre 2015, n^{os} 16.2, p. 16-5.

« Tunnel vision is a natural human tendency that has particularly pernicious effects in the criminal justice system. Tunnel vision in this context is generally understood to mean that “compendium of common heuristics and logical fallacies,” to which we are all susceptible, that lead actors in the criminal justice system to “focus on a suspect, select and filter the evidence that will ‘build a case’ for conviction, while ignoring or suppressing evidence that points away from guilt” (Martin, 2002, p. 848). This process leads investigators, prosecutors, judges, and defense lawyers alike to focus on a particular conclusion and then filter all evidence in a case through the lens provided by that conclusion. »³⁸

La vision en tunnel est le produit d’une variété de distorsions cognitives innées, incluant le biais de confirmation par lequel une croyance est renforcée par la recherche d’informations confirmatives³⁹. Elle résulte la plupart du temps de la simple condition humaine plutôt que de la malice ou de l’indifférence⁴⁰. Officiellement connue et dénoncée au Canada depuis le rapport de la commission royale s’étant penchée sur la condamnation erronée de Donald Marshall Jr.⁴¹, la vision en tunnel a joué un rôle important dans chacune des condamnations erronées pour lesquelles le Canada ou une de ses provinces a mis sur pied une commission d’enquête⁴², notamment celles menées par l’ancien juge de la Cour d’appel du Québec Fred Kaufman et l’ancien juge en chef du Canada Antonio Lamer⁴³. Ce dernier conclut que les erreurs judiciaires qu’il a étudiées résultent de l’opération normale du système, comme l’avait relevé avant lui le juge Kaufman :

³⁸ Keith A. FINDLEY, « Tunnel Vision », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 303 aux pages 303-304; voir aussi K. A. FINDLEY, préc., note 31, 898.

³⁹ Sur le biais de confirmation potentiel dans toute situation impliquant la génération d’hypothèses, voir Derek J. KOEHLER, « Explanation, Imagination, and Confidence in Judgment », (1991) 110-3 *Psychol. Bull.* 499; pour une revue des recherches récentes sur le biais de confirmation, voir K. A. FINDLEY, préc., note 38 à la page 307.

⁴⁰ K. A. FINDLEY, préc., note 38 à la page 304.

⁴¹ *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution : Digest of Findings and Recommendations*, Nova Scotia, 1989, en ligne : <http://novascotia.ca/just/marshall_inquiry/_docs/Royal%20Commission%20on%20the%20Donald%20Marshall%20Jr%20Prosecution_findings.pdf>.

⁴² Voir *supra*, note de bas de page 8.

⁴³ Fred KAUFMAN, *Report of the Kaufman Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin*, Toronto, Ontario Ministry of the Attorney General, 1998, en ligne : <<https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/morin/>>; Antonio LAMER, *The Lamer Commission of Inquiry Pertaining to the Cases of: Ronald Dalton, Gregory Parsons, Randy Druken*, Newfoundland, 2006, en ligne : <<http://www.justice.gov.nl.ca/just/publications/lamerreport.pdf>>.

« I agree with the submission of Association in Defence of the Wrongfully Convicted (AIDWYC), that "the causes of wrongful convictions are fundamentally systemic". Commissioner Kaufman also emphasized systematic problems:

The case of Guy Paul Morin is not an aberration... What I mean is that the causes of Morin's conviction are rooted in systemic problems, as well as the individual failings of individuals. It is not coincidence that the same systemic problems are those identified in wrongful convictions in other jurisdictions worldwide. It is these systemic issues that must be addressed in future. »⁴⁴

Les honorables Lamer et Kaufman proposent dans leurs recommandations d'imposer un changement de culture au sein de la police et de ce qui constitue aujourd'hui au Québec le bureau du Directeur des poursuites criminelles et pénales⁴⁵. Ce serait les décisions quotidiennes requises par les fonctions de ces officiels qui, une à une, participent à créer une vision en tunnel dans un dossier donné.

Les recommandations relatives à la vision en tunnel semblent de prime abord plus globales que celles relatives aux différentes preuves isolées qui ont incriminé à tort les exonérés. En fin de compte, elles finissent néanmoins par revenir au même : elles suggèrent une hausse de l'éthique des acteurs du système de justice afin d'augmenter ultimement l'exactitude des preuves qui sont présentées au procès. Elles proposent une meilleure formation, indépendance, rigueur et éthique de travail des experts qui analysent et témoignent sur la preuve médico-légale, des policiers qui enquêtent, récoltent des preuves et témoignent, ainsi que des procureurs de la Couronne lorsqu'ils évaluent la suffisance de la preuve pour déposer des accusations, les maintenir, puis rechercher une condamnation⁴⁶. Ces suggestions des rapports de Lamer et Kaufman sont similaires à celles des auteurs qui se sont penchés sur les changements culturels qu'implique toute solution à la vision en tunnel⁴⁷.

⁴⁴ A. LAMER, préc., note 43, p. 73.

⁴⁵ Pour l'explication du Directeur des poursuites criminelles et pénales, voir *infra*, note de bas de page 116.

⁴⁶ Voir A. LAMER, préc., note 43, p. 326-332; voir la section « Recommendations » dans F. KAUFMAN, préc., note 43.

⁴⁷ MacFarlane s'est aussi penché plus largement sur les circonstances prédisposant les acteurs du système de justice à participer aux erreurs judiciaires. Voir B. MACFARLANE, préc., note 22; ces circonstances prédisposantes sont abordées aussi dans B. SANGHA, R. MOLES et K. ROACH, préc., note 8, p. 191-193; et Dianne L. MARTIN, « The Police Role in Wrongful Convictions: An International Comparative Study », dans Sandra D. WESTERVELT et John A. HUMPHREY (dir.), *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, New Brunswick,

L'ajout de la vision en tunnel à la liste des sources d'erreurs judiciaires est ainsi une démonstration flagrante du raisonnement circulaire auquel mènent ces listes de causes. *A posteriori*, il est aisé de conclure que si les experts, les policiers ou le procureur de la Couronne avaient prêté plus attention aux autres pistes que la culpabilité du condamné à tort et avaient mieux évalué la valeur des preuves au soutien de leur croyance, ils auraient pu se rendre compte qu'une de ces preuves était inexacte et qu'ils poursuivaient la mauvaise personne. Comme les preuves inexactes, la vision en tunnel n'est décelable qu'une fois qu'une condamnation se révèle erronée.

Les études sur les différentes « sources » d'erreurs judiciaires menées jusqu'ici nous semblent largement exhaustives et convaincantes et ne favorisent pas une réflexion intellectuelle plus poussée⁴⁸. En effet, l'œuvre pionnière en la matière, *Convicting the Innocent*⁴⁹, date de 1932 et son auteur identifiait déjà presque toutes les causes d'erreurs judiciaires aujourd'hui recensées⁵⁰. 25 ans plus tard, c'est à Jerome Frank et à sa fille, Barbara Frank, de revisiter différents cas d'erreurs judiciaires de l'époque et de commenter leurs causes dans leur ouvrage *Not Guilty*⁵¹. Quoique les études de ces précurseurs se soient révélées après-coup rigoureusement exactes, il aura fallu la révolution ADN pour que leur

Rutgers University Press, 2001, p. 77; pour contrer la vision en tunnel, Roach recommande l'éducation des policiers pour augmenter leur professionnalisme, leurs habiletés ou encore leur capacité à tester leurs hypothèses : K. ROACH, préc., note 22, 418; C. Ronald Huff note le surplus de zèle ou les comportements non éthiques des policiers et poursuivants comme une cause d'erreurs judiciaires : C. R. HUFF, préc., note 15 à la page 62; traitant des erreurs judiciaires survenus en Grande-Bretagne, au Canada et en Australie selon la perspective qu'elles résultent de la vision en tunnel, la négligence ou l'inconduite des poursuivants, policiers ou experts impliqués dans les condamnations, voir B. SANGHA, R. MOLES et K. ROACH, préc., note 8.

⁴⁸ C'est aussi le constat de plusieurs auteurs. Voir A. M. SIEGEL, préc., note 22, 1222; relevant que les catalogues des erreurs n'est pas une innovation récente, voir M. ZALMAN, préc., note 7 à la page 72; constatant que le caractère familier et répétitif de ces listes ne permet pas d'avancée intellectuelle, voir R. A. LEO, préc., note 22, 207; à titre d'illustration du volume élevé de recherches arrivant à des conclusions comparables, des juristes notaient en 2006 que les études scientifiques portant sur le témoignage judiciaire des témoins oculaires se chiffraient à 2 000 entrées et présentaient un taux de convergence élevé : Roger C. PARK et Michael J. SAKS, « Evidence Scholarship Reconsidered: Results of the Interdisciplinary Turn », (2006) 47-5 *Boston Coll. Law Rev.* 949, 960.

⁴⁹ Ce livre est aujourd'hui difficilement retraçable. Voir à ce sujet B. MACFARLANE, préc., note 22, 408.

⁵⁰ Plusieurs auteurs sont d'avis que son auteur, Edwin Borchard, avait déjà identifié la plupart des causes d'erreurs judiciaires actuellement connues : D. GIVELBER, préc., note 15, 1346; K. ROACH, préc., note 22, 390; M. ZALMAN, préc., note 7 à la page 72; R. A. LEO, préc., note 22, 203.

⁵¹ Jerome FRANK et Barbara FRANK, *Not guilty*, Garden City, Doubleday & Co., 1957.

bien-fondé soit reconnu. Preuve que l'avancée est bien mince malgré l'accumulation de centaines d'études sur la question, les propos du réaliste américain Frank datant de 1957 pourraient être de la plume de n'importe quel chercheur contemporain :

« Often [...] the conviction of the innocent is caused, not by perjury [...], but solely by the fact that a jury believes the mistaken testimony of a witness who is entirely convinced that he is speaking the truth. Sometimes the mistake occurs because a defendant, for some reason or other, has not presented his best defense, a defense that, had he produced it, might have acquitted him. Sometimes, on the basis of extorted, false confessions, men have gone to prison or their death. Sometimes, too, when the prosecution is overzealous, when evidence is concealed, suppressed, or manufactured, conviction of the innocent may result. »⁵²

Ultimement, les multiples études sur les preuves inexactes et la vision en tunnel permettent toutefois de tirer un constat global intéressant : le processus judiciaire actuel se déroule d'une manière telle qu'une preuve erronée ou mal interprétée, quelle qu'elle soit, peut passer inaperçue à chacune des étapes, de l'enquête à la condamnation. Les auteurs qui constatent ce phénomène suggèrent unanimement une démultiplication des procédures d'enquête afin que la véracité des preuves soit contre-vérifiée *avant* leur présentation au tribunal. Quoique ces recommandations soient souvent circonscrites à un type de preuve particulier, leur effet cumulatif est de déplacer l'instance responsable de la détermination de la culpabilité d'un accusé en amont de l'actuel procès devant un tribunal⁵³. Nous sommes d'avis que cela explique au moins partiellement l'absence de réponse du législateur aux propositions de réforme des chercheurs en matière d'erreurs judiciaires : elles sont inapplicables sans remettre en question l'essence même du système judiciaire tel qu'il existe aujourd'hui⁵⁴.

En réalité, en proposant une contre-vérification de la preuve en amont du procès, ces chercheurs suggèrent à demi-mot que le processus judiciaire est incapable de départager le vrai du faux. Cette dernière proposition est loin d'être nouvelle. Plusieurs études menées au fil

⁵² *Id.*, p. 31.

⁵³ Cet aspect sera discuté *infra*, p. 172.

⁵⁴ Voir A. M. SIEGEL, préc., note 22, 1222; liant l'absence de réponses sociales à l'importante littérature sur les « causes » des erreurs judiciaires au refus profondément conservateur de la communauté juridique de reconnaître le caractère systémique des faiblesses du système judiciaire, voir M. ZALMAN, préc., note 7 à la page 73; voir aussi Erik LUNA, « System Failure », (2005) 42 *Am. Crim. Law Rev.* 1201, 1202; D. S. MEDWED, préc., note 22, 1118.

des années ont remis en question la prévisibilité et le caractère certain des verdicts. Dans les procès par jury en Angleterre entre 1975 et 1976, au moins 2 acteurs du système judiciaire⁵⁵ doutaient de la validité d'environ 5 % des condamnations⁵⁶. Dans une étude menée sur 3 576 procès criminels américains dans les années 1960, le jury et le juge du procès n'auraient pas rendu le même verdict (culpabilité ou acquittement) dans 24,6 % des cas⁵⁷. Les juges du procès auraient ainsi condamné l'accusé alors que le jury l'a acquitté dans 19 % des cas, alors qu'ils auraient été plus indulgents que le jury dans 3 % des cas⁵⁸. Il revient encore une fois à Jerome Frank d'avoir articulé une vision critique, voire sceptique, de la capacité du procès de type contradictoire à arriver à une détermination des faits exacte :

« The axiom or assumption that, in all or most trials, the truth will out, ignores, then, the several elements of subjectivity and chance. It ignores perjury and bias; ignore the false impression made on the judge or jury by the honest witness who seems untruthful because he is frightened in the court-room or because he is irascible or over-scrupulous or given to exaggeration. It ignores the mistaken witness who honestly and convincingly testifies that he remembers acts or conversations that happened quite differently that as he narrates them in court. It neglects, also, the dead or missing witness without whose testimony a crucial fact cannot be brought out, or an important opposing witness cannot be successfully contradicted. Finally it neglects the missing or destroyed letter, or receipt, or cancelled check. »⁵⁹

Peu de juristes ont fait le pont entre la recherche sur les erreurs judiciaires, le processus de détermination judiciaire des faits et le droit de la preuve⁶⁰. C'est pourtant dans cette direction que l'ensemble de la recherche en la matière nous semble tendre. La question de l'importance que le système judiciaire et le droit qui en régit l'opération accordent à une

⁵⁵ Les acteurs consultés pour chaque procès étaient le juge, le policier, le procureur de la Couronne et l'avocat de la défense. Voir John BALDWIN et Michael MCCONVILLE, « Trial by Jury: Some Empirical Evidence on Contested Criminal Cases in England », (1979) 13-4 *Law Soc. Rev.* 861, 865.

⁵⁶ *Id.*, 871.

⁵⁷ Harry KALVEN et Hans ZEISEL, *The American Jury*, Toronto, Little, Brown and Co., 1966, p. 56.

⁵⁸ *Id.*, p. 59; l'auteur Givelberg rapporte en ces termes une autre étude plus récente (2000-2001) du *National Center for State Courts*, aux États-Unis, ayant étudié 400 procès par jury : « *Out of one hundred jury trials, then, judge and jury would agree to convict in about 66, juries would acquit but the judge would convict in 16, judges and juries would agree to acquit in 11, and judges would acquit but juries convict in 7.* ». Voir D. GIVELBER, préc., note 15, 1173.

⁵⁹ Jerome FRANK, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, New York, Atheneum, 1949, p. 20; au sujet de la position de Frank, voir William TWINING, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 116.

⁶⁰ Ce constat est posé par M. ZALMAN, préc., note 7 aux pages 78-79; A. D. LEIPOLD, préc., note 22, 1126.

détermination exacte des faits est la question à laquelle se heurtent la plupart des auteurs qui poussent la réflexion au-delà des listes de sources d'erreurs⁶¹. Après avoir passé en revue la plupart des « sources » d'erreurs identifiées dans la littérature, MacFarlane relève que toute stratégie à plus long terme dans ce domaine requiert que le Canada se positionne d'abord et avant tout sur la place qu'il attribue à la recherche de la vérité dans son système de justice criminelle⁶². Dans le même ordre d'idées, le professeur canadien Kent Roach se demande si les erreurs judiciaires ne seraient pas un symptôme de l'inaptitude du procès à parvenir à la vérité sur les faits⁶³. C'est aussi la question que soulève le présent mémoire. Ce dernier est un essai théorique sur l'écart entre la réalité de la pratique résultant de l'application du droit au tribunal et l'objectif du processus de détermination judiciaire des faits traditionnellement clamé : l'atteinte de l'exactitude factuelle. Bien que la vision traditionnelle véhicule l'image du procès criminel comme d'un processus visant à reconstruire avec exactitude les faits passés tels qu'ils sont survenus, nous sommes d'avis que cela n'est conforme ni aux prescriptions juridiques ni à la réalité de la pratique judiciaire, aucun des deux n'ayant une prétention aussi ambitieuse.

1.2 — La vision traditionnelle du procès criminel canadien

Suivant le législateur et les tribunaux, les procès criminels canadiens ont pour but fondamental ou pour principe primordial de découvrir la vérité⁶⁴. Cette vérité est découverte grâce à la preuve présentée lors du procès :

⁶¹ Dan SIMON, *In Doubt : The Psychology of the Criminal Justice Process*, Cambridge, Harvard University Press, 2012; C. R. HUFF et M. KILLIAS, préc., note 22 à la page 288; K. A. FINDLEY, préc., note 31, 895; A. D. LEIPOLD, préc., note 22, 1123; B. L. GARRETT, préc., note 5, 52; A. M. SIEGEL, préc., note 22, 1219; D. K. BROWN, préc., note 23, 1592; quant au désenchantement généralisé sur la capacité du procès contradictoire à déterminer les faits avec exactitude, voir John D. JACKSON, « Theories of Truth Finding in Criminal Procedure: An Evolutionary Approach », (1988) 10 *Cardozo Law Rev.* 475.

⁶² B. MACFARLANE, préc., note 22, 486.

⁶³ K. ROACH, préc., note 22, 389.

⁶⁴ *R. c. G. (B.)*, [1999] 2 R.C.S. 475, par. 37: « [le] principe primordial de tout procès criminel: la recherche de la vérité. »; voir aussi *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 74; *R. c. F. (C.C.)*, [1997] 3 R.C.S. 1183; *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337; la Commission de réforme du droit du Canada partage cette vision en plaçant la recherche de la vérité comme objectif premier de la procédure pénale canadienne. Voir COMMISSION DE REFORME

« The goal of the court process is truth seeking and, to that end, the evidence of all those involved in judicial proceedings must be given in a way that is most favourable to eliciting the truth. »⁶⁵

Néanmoins, la recherche de vérité du procès ne supprime pas toute autre considération et elle doit parfois être conciliée avec d'autres objectifs :

« The process must fulfill a broader array of objectives, which include promoting the public's acceptance of verdicts, expressing society's values, asserting the authoritative power of the state, bringing closure to victims, and finalizing disputes. The process must also comport with a number of constraints, such as expedience, cost-effectiveness, and timeliness, all the while protecting the privacy and autonomy interests of the people involved. A key challenge facing any criminal justice system is how to balance between and among the search for truth and these competing objectives and constraints. »⁶⁶

À titre d'exemple, un des autres objectifs poursuivis par le système est la préservation des citoyens des conduites de l'État attentatoires à leurs droits fondamentaux, notamment par l'exclusion de preuves incriminantes obtenues par leur violation. C'est l'article 24 (2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁷ qui prévoit l'exclusion d'un élément de preuve ainsi obtenue si son utilisation par le tribunal « est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. »⁶⁸ Si l'administration de la justice peut être minée par le fait de juger un accusé sur la base d'une preuve illégalement obtenue, l'exclusion d'une preuve incriminante menant à

DU DROIT DU CANADA, *Notre procédure pénale*, coll. Rapports et documents de travail, n°32, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1988, p. 11-12.

⁶⁵ *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475. La langue de la version originale de l'arrêt de la Cour suprême du Canada est préférée à sa traduction officielle pour l'ensemble des extraits du présent mémoire.

⁶⁶ D. SIMON, préc., note 35, 204 (renvois omis); la recherche de vérité ne doit pas être faite à n'importe quel coût. Voir *R. c. Noël*, [2002] 3 R.C.S. 433, par. 57; COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 64, p. 13; sur les différents objectifs du système judiciaire, voir par exemple Sidney N. LEDERMAN, Alan W. BRYANT et Michelle K. FUERST, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 4^e éd., Markham, LexisNexis, 2014, n° 1.36 et suiv.; Thomas WEIGEND, « Is the Criminal Process about Truth: A German Perspective », (2003) 26 *Harv. J. Law Public Policy* 157, 168; voir aussi Mirjan R. DAMASKA, « Truth in Adjudication », (1998) 49-2 *Hastings Law J.* 289, 301; D. GIVELBER, préc., note 15, 1364.

⁶⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, (1982) Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), c. 11, ci-après « *Charte* ».

⁶⁸ *Id.*; le paragraphe 24(1) permet aussi d'exclure de la preuve pour des raisons constitutionnelles. Voir Pierre BELIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 22^e éd. par M. VAUCLAIR, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, par. 658; S. Casey HILL, David M. TANOVICH et Louis P. STREZOS, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5^e éd., 2, Toronto, Thomson Reuters, feuilles mobiles, à jour en mai 2016, n° 19:30.20.

l'acquittement d'un coupable peut aussi avoir cette conséquence⁶⁹. En effet, en affectant à la baisse la capacité du tribunal à atteindre la vérité, l'exclusion d'éléments de preuve révélateurs est perçue comme susceptible de dénaturer le procès⁷⁰. Les tribunaux canadiens considèrent ainsi que la recherche de vérité est *inhérente* au processus judiciaire et que les autres buts poursuivis de façon concurrente peuvent *interférer* avec cette fonction première ou la *diminuer*⁷¹.

Ce résumé de la vision canadienne actuelle de la vérité que recherche le procès est véhiculée et partagée par le législateur, les tribunaux et les auteurs de doctrine. Elle est conforme à la vision véhiculée par l'ensemble des systèmes juridiques anglo-saxons. Elle peut être qualifiée de « rationaliste »⁷² ou « traditionnelle », deux termes utilisés dans le cadre du présent mémoire comme synonymes⁷³, bien que certaines différences puissent être relevées⁷⁴. Cette vision est dite traditionnelle en ce qu'elle est largement dominante et ses préceptes sont

⁶⁹ Voir *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353.

⁷⁰ À titre d'exemples, voir *R. c. Bjelland*, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 3; *R. c. Cole*, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 97; *R. c. Nedelcu*, [2012] 3 R.C.S. 311, par. 119 (j. Lebel, Fish et Cromwell, motifs dissidents).

⁷¹ Voir S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 66, n° 1.37.

⁷² Notre traduction de « *rationalist model of adjudication* », une expression dont la paternité est attribué par les auteurs en droit de la preuve à W. TWINING, préc., note 59.

⁷³ Les auteurs ont recours à plusieurs expressions pour référer au même concept. À titre d'exemple, K. A. FINDLEY, préc., note 31, 894 relève les expressions suivantes : « [...] the "Search for Truth" model, the "Rationalist Tradition," the "Rectitude of Decision" model, and the "Received View of the Trial" »; M. D. RISINGER, préc., note 11, 1283-1284 ajoute à ces expressions aussi les suivantes : « "Progressive Proceduralism," [...] the "Official Ideology" » (renvois omis).

⁷⁴ Jusqu'à récemment, le modèle judiciaire rationaliste présupposait une théorie de la vérité-correspondance (tel que discuté *infra*, p. 22), mais le professeur Twining semble avoir récemment mitigé sa position dans William TWINING, « Moving Beyond Law: Interdisciplinarity and the Study of Evidence », dans Philip DAWID, William TWINING et Mimi VASILAKI (dir.), *Evidence, Inference and Enquiry*, coll. Proceedings of the British Academy, n°171, Oxford, Published for The British Academy by Oxford University Press, 2011, p. 73 à la page 84. Même si nous croyons que le modèle rationaliste ne peut sous-entendre autre chose qu'une théorie de la vérité-correspondance pour demeurer cohérent (sa principale caractéristique étant que l'exactitude factuelle est une condition à l'atteinte de la justice), le qualificatif « traditionnel » est préféré à celui de « rationaliste » pour éviter toute confusion. Ainsi, le premier réfère sans ambiguïté à la conception du procès comme visant l'atteinte de la vérité-correspondance dans le cadre du présent mémoire; les auteurs Roberts et Zuckerman sont aussi d'avis que l'exactitude factuelle est une pierre angulaire de la tradition rationaliste. Voir P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 19.

tenus pour acquis depuis plus de 200 ans⁷⁵. Elle suppose que le but premier du procès pénal est la *rectitude* des décisions par l'application du droit substantiel sur des faits *exacts* :

« Rectitude of decision making is then arrived at through correct application of valid, substantive laws and through accurate determination of the true facts material to previously specified allegations expressed in categories defined in advance by law (facts in issue) proved to specified standards of probability on the basis of evidence which is relevant and reliable and presented to a supposedly competent and impartial decision-maker. »⁷⁶

Si les tenants de la vision traditionnelle du procès ne sont pas forcément d'avis que dans la réalité, leur modèle est suivi et appliqué avec succès, il n'en demeure pas moins qu'ils estiment qu'il s'agit de l'idéal vers lequel le système *doit* tendre et que l'efficacité des règles existantes peut être évaluée selon leur potentiel à orienter le tribunal vers une plus grande exactitude factuelle⁷⁷.

Suivant la vision traditionnelle, la détermination *exacte* des faits est ainsi une condition nécessaire à la rectitude décisionnelle⁷⁸. Le processus plus particulier de détermination judiciaire des faits du modèle traditionnel peut être décrit en ces termes :

« Adjudicative fact-finding rests on a number of foundational assumptions, properly described as rationalist. These assumptions identify accuracy or, in Bentham's terms, rectitude of decision as the fact-finding's principal objective. Attainment of this objective is a prerequisite for implementing the substantive law in accordance with its demandes. Accuracy of decision refers to the correspondence between the adjudicative findings of fact and the empirical truth. This correspondence can virtually never be certain, but can be probable. Fact-finders can rationally determine this probability relationship by analysing evidence and by relying on experience-based generalizations. To facilitate this task, the legal system can utilize trial procedures that include adversarial presentation of evidence and cross-examination witnesses. »⁷⁹

⁷⁵ S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 36, n° 1:60.10; W. TWINING, préc., note 59, p. 77; W. TWINING, préc., note 74 à la page 84; M. D. RISINGER, préc., note 11, 1284, 1286 et 1287; Michael SEIGEL, « A Pragmatic Critique of Modern Evidence Scholarship », (1994) 88-3 *Northwest. Univ. Law Rev.* 995, 1001.

⁷⁶ John D. JACKSON, « Analysing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence », (1996) 16 *Oxf. J. Leg. Stud.* 309, 322 (soulignements ajoutés); pour la définition originale en 23 points du modèle décisionnel rationaliste de Twining, voir W. TWINING, préc., note 59, p. 76.

⁷⁷ W. TWINING, préc., note 59, p. 79.

⁷⁸ *Id.*, p. 76; M. R. DAMASKA, préc., note 66, 289.

⁷⁹ Alex STEIN, *Foundations of Evidence Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 56 (soulignements ajoutés); que le processus de détermination judiciaire des faits vise un objectif d'exactitude est tellement tenu pour acquis qu'il paraît même tautologique de le préciser pour cet auteur. Voir *Id.*, p. 10.

Suivant la vision traditionnelle du procès, le tribunal doit déterminer les faits tels qu'ils se sont déroulés dans la réalité empirique afin de condamner le coupable et acquitter l'innocent⁸⁰. À des fins de clarté dans le présent mémoire, cette vérité particulière à laquelle le procès aspire à parvenir suivant la vision traditionnelle est désignée par l'expression « vérité-correspondance », en ce qu'elle est jugée atteinte lorsque les faits retenus par le tribunal sont « exacts », c'est-à-dire qu'ils « correspondent » aux événements tels qu'ils sont historiquement survenus⁸¹. La théorie de la vérité-correspondance est la « [c]onception la plus classique de la vérité, ordinairement définie comme la correspondance de nos pensées ou de nos énoncés à des faits »⁸². Grâce au cadre conceptuel de la théorie narrative, le présent mémoire propose de requalifier la vérité sur les faits pouvant être atteinte par le processus judiciaire.

⁸⁰ Expliquant que le procès a pour but de condamner le coupable et acquitter l'innocent, voir Eugene G. EWASCHUK, *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2^e éd., 2, Toronto, Canada Law Book, 1987, feuilles mobiles, à jour en février 2016, n° 16:2155.

⁸¹ Findley dépeint le modèle traditionnel comme recherchant la vérité sur les faits historiques (*historical fact*). Voir K. A. FINDLEY, préc., note 31, 894.

⁸² Définition de « correspondance » dans Michel BLAY (dir.), *Grand Dictionnaire de la Philosophie*, 2^e éd., Paris, Larousse; CNRS Éditions, 2012, p. 212; voir aussi la définition de « *correspondence theory of truth* » dans Ted HONDERICH (dir.), *The Oxford Companion to Philosophy*, 2^e éd., coll. MyiLibrary, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 178; la définition de « *correspondence theory of truth* » dans Nicholas BUNNIN et Jiyuan YU, *The Blackwell Dictionary of Western Philosophy*, Malden, Blackwell Publishing, 2004, p. 145; voir aussi Graham PRIEST, *Doubt Truth to be a Liar*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 51; Alvin I. GOLDMAN, *Knowledge in a Social World*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 42; Zenon BANKOWSKI, « The Jury and Reality », dans Patrick NERHOT (dir.), *Law, Interpretation and Reality: Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 226 à la page 226.

1.3 — La visée épistémique du procès et la notion d’erreur judiciaire

*The field of evidence is no other than the field of knowledge.*⁸³

Que ce soit le médecin, le scientifique, le journaliste ou l’historien, plusieurs professionnels travaillent principalement à découvrir la vérité sur les faits qui sont pertinents à leurs champs d’intérêt respectifs. Chacune de ces disciplines procède suivant des procédures distinctes adaptées aux objectifs et aux contraintes qui lui sont propres⁸⁴. Ces procédures, en visant à produire une vérité, peuvent toutes être conçues, d’un point de vue philosophique, comme des processus ayant une visée épistémique. En considérant le procès criminel canadien comme une institution visant de façon fondamentale et prédominante la recherche de la vérité sur certains faits, il peut aussi être conceptualisé comme un « engin épistémique »⁸⁵.

Les philosophes Alvin Goldman et Larry Laudan adoptent un tel cadre conceptuel et, conformément à la vision traditionnelle, ils proposent d’évaluer la performance épistémique du procès suivant la conformité de son issue à la vérité-correspondance⁸⁶. Pour le philosophe

⁸³ Jeremy BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, 6, Edinburgh, 1843, coll. The Making of Modern World, Gale, Cengage Learning, p. 5, en ligne : <<http://find.galegroup.com.proxy3.library.mcgill.ca/mome/infomark.do?&source=gale&prodId=MOME&userGroup=crepuq_mcgill&tabID=T001&docId=U108946916&type=multipage&contentSet=MOMEArticles&version=1.0&docLevel=FASCIMILE>> (consulté le 2 mai 2016).

⁸⁴ P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 3.

⁸⁵ Notre traduction de « *epistemic engine* » dans Larry LAUDAN, « Thinking about Error in the Law », dans Alvin I. GOLDMAN et Dennis WHITCOMB (dir.), *Social Epistemology: Essential Readings*, Toronto, Oxford University Press, 2011, p. 271 aux pages 271-272: « [...] *a criminal trial is first and foremost an epistemic engine, a tool for ferreting out the truth from what will often initially be a confusing array of clues and indicators.* »; voir aussi Alvin I. GOLDMAN, « Why Social Epistemology Is Real Epistemology », dans Adrian HADDOCK, Alan MILLAR et Duncan PRITCHARD (dir.), *Social Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 1 à la page 21; Larry LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, coll. Cambridge studies in philosophy and law, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 2.

⁸⁶ La vérité-correspondance est la notion de vérité retenue par Goldman dans son approche, l’épistémologie sociale. Voir A. I. GOLDMAN, préc., note 82, p. 41 et suiv.; voir aussi Alvin I. GOLDMAN et Dennis WHITCOMB (dir.), *Social Epistemology: Essential Readings*, Toronto, Oxford University Press, 2011, p. 11; la visée épistémique du système judiciaire est expliquée par Goldman dans A. I. GOLDMAN, préc., note 82, p. 272 et suiv.;

Alvin Goldman, l'ensemble du processus judiciaire vise à produire un verdict vrai⁸⁷. Pour Larry Laudan, la visée épistémique du système est encore plus large : même lorsque le processus judiciaire ne se solde pas par un verdict, il doit viser à produire un résultat conforme à la vérité-correspondance. Concrètement, cela signifie que le système de justice faillit à son objectif épistémique à chaque fois qu'un innocent est condamné, qu'il soit trouvé coupable ou qu'il plaide coupable, ou qu'un coupable échappe à la condamnation, qu'il soit acquitté ou qu'il ne subisse pas son procès pour quelque raison que ce soit⁸⁸.

Le présent mémoire ne retient pas ces conceptions larges de la visée épistémique du système judiciaire, parfois dites « externes »⁸⁹. Nous adhérons plutôt à la position voulant que le processus épistémique ne soit pas le procès en lui-même, et encore moins le système judiciaire dans sa globalité, mais plutôt le processus de détermination des faits⁹⁰. Au Canada, la détermination des faits en matière criminelle est confiée au *juge des faits* qui est parfois un juge, parfois un jury⁹¹. Tel que déjà discuté, le système judiciaire dans son ensemble vise de façon concurrente plusieurs buts sociaux distincts et parfois contradictoires. Seul le *juge des faits* a toujours pour seul et unique objectif de déterminer la vérité sur les faits⁹².

même s'il procède à une analyse similaire, Larry Laudan qualifie son approche d'épistémologie judiciaire (notre traduction de « *legal epistemology* »). Voir L. LAUDAN, préc., note 85 aux pages 272-273.

⁸⁷ A. I. GOLDMAN, préc., note 82, p. 272; aux fins de son approche, la distinction entre la croyance vraie (*true belief*), la croyance justifiée (*justified*) ou la connaissance (*knowledge*) n'a pas autant de pertinence que pour d'autres épistémologistes. Voir Alvin I. GOLDMAN et Dennis WHITCOMB (dir.), « A Guide to Social Epistemology », dans *Social Epistemology: Essential Readings*, Toronto, Oxford University Press, 2011, p. 11 à la page 33 (à la note de bas de page 9).

⁸⁸ L. LAUDAN, préc., note 85 aux pages 279-280.

⁸⁹ Ho parle de la perspective de Goldman et Laudan comme d'une perspective externe au système judiciaire. Voir H. L. HO, *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 46.

⁹⁰ Adhérant à cette dernière position, voir Susan HAACK, *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*, New York, Cambridge University Press, 2014; P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 2; H. L. HO, préc., note 89; Michael S. PARDO, « The Field of Evidence and the Field of Knowledge », (2005) 24-4 *Law Philos.* 321; et plus largement et de façon implicite, voir Ronald J. ALLEN et Brian LEITER, « Naturalized Epistemology and the Law of Evidence », (2001) 87-8 *Va. Law Rev.* 1491.

⁹¹ Pour la distinction, voir *infra*, p. 35.

⁹² H. L. HO, préc., note 89, p. 64 et 85.

Suivant cette perspective interne⁹³, la définition d'erreur judiciaire s'éloigne forcément de celle de Larry Laudan. En concevant la visée épistémique du système judiciaire comme limitée au processus de détermination des faits par le *juge des faits*, ce dernier *échoue* à son but traditionnel d'atteindre la vérité-correspondance à chaque fois qu'il ne reconstitue pas les faits tels qu'ils se sont historiquement déroulés. Un tel échec n'est concevable que lorsque le processus de détermination des faits a effectivement lieu — excluant de ce fait les plaidoyers de culpabilité — et qu'il est mené à terme, produisant ainsi un jugement sur les faits⁹⁴. Contrairement à Alvin Goldman, le verdict en lui-même est aussi exclu de l'analyse d'une perspective interne : une détermination des faits exacte peut mener à un verdict en apparence incompatible avec les faits retenus en raison d'une pure question de droit⁹⁵. Selon nous, pour évaluer correctement le type de vérité sur les faits recherché par le système judiciaire, seul le processus qui a pour seul but de rechercher la vérité sur les faits doit être considéré, c'est-à-dire le processus de détermination judiciaire des faits.

En cadrant notre analyse sur le processus de détermination judiciaire des faits, le système judiciaire dans son ensemble est considéré échouer à son objectif traditionnel d'atteindre la vérité-correspondance à chaque fois qu'un coupable est acquitté et qu'un innocent est condamné en raison de la reconstitution insuffisamment exacte des faits par le *juge des faits*⁹⁶. L'acquittement d'un coupable survient lorsqu'un accusé qui a commis tous les éléments de l'infraction reprochée reçoit un verdict d'acquittement parce que le *juge des faits* a retenu des faits différents de ceux qui sont survenus, ne permettant pas de conclure à sa culpabilité. La condamnation d'un innocent factuel survient lorsqu'un accusé reçoit un verdict

⁹³ L'opposition entre les perspectives critiques internes et externes au processus de détermination des faits est articulée par *Id.*, p. 48.

⁹⁴ Ce jugement sur les faits est parfois implicite, notamment lorsqu'un verdict est rendu par jury. Contrairement au juge, le jury n'a pas à étayer les faits au soutien de son verdict. Voir *infra*, p. 37.

⁹⁵ Pensons par exemple à des faits démontrant la culpabilité d'un accusé à une infraction sommaire dont la poursuite était prescrite, à une infraction qui n'existait pas encore à l'époque de sa commission ou à une infraction dont l'inconstitutionnalité est déclarée par le tribunal.

⁹⁶ Ainsi, seules les erreurs judiciaires *factuelles* sont traitées dans le cadre du présent mémoire, par opposition à la notion d'erreurs judiciaires plus large pouvant inclure des erreurs judiciaires *juridiques*. Ce dernier cas peut survenir lorsque les faits tels que survenus lors de l'infraction sont valablement identifiés par le tribunal, mais que ce dernier erre sur l'état du droit et donc dans l'application de ce droit sur les faits exacts, menant ainsi à une condamnation ou à un acquittement erroné en droit.

de culpabilité alors qu'il n'a pas commis l'infraction pour laquelle il est condamné. Cela est le cas lorsqu'il y a eu erreur sur la personne (comme dans les cas révélés par la révolution ADN), mais aussi toutes les fois où une reconstitution exacte de la vérité-correspondance aurait révélé que l'accusé n'avait pas commis l'*actus reus* ou n'avait pas la *mens rea* de l'infraction spécifique pour laquelle il a été trouvé coupable, ou qu'une défense en droit était applicable à de tels faits⁹⁷. Finalement, considérant que d'autres buts du système judiciaire sont parfois expressément poursuivis au détriment direct d'une détermination exacte des faits, l'impossibilité de déterminer la culpabilité réelle de l'accusé dans de tels cas ne saurait constituer une erreur judiciaire. À proprement parler, le système n'a pas échoué à déterminer les faits avec exactitude : il y a explicitement renoncé afin de favoriser la poursuite d'un autre objectif. C'est le cas lorsque, par exemple, de la preuve incriminante est exclue parce qu'elle a été obtenue en violation des droits fondamentaux de l'accusé⁹⁸.

Ainsi, en tenant pour acquis que seul le processus de détermination judiciaire des faits a une visée purement épistémique, ce processus échoue à atteindre le but prétendu par son discours traditionnel, commentant ainsi une erreur, à chaque fois que les faits déterminés par le *juge des faits* ne sont pas conformes à la vérité-correspondance alors qu'aucune exclusion de la preuve visant d'autres buts que l'exactitude factuelle n'était en jeu⁹⁹. C'est la définition d'erreur judiciaire que nous retenons. Puisque les exonérés par les tests ADN n'ont pas commis les infractions pour lesquelles ils ont été condamnés, le *juge des faits* de ceux qui ont subi un procès a forcément retenu des faits qui divergent de la vérité-correspondance pour conclure à

⁹⁷ Il s'agit de la définition de l'innocent factuel retenue dans D. GIVELBER, préc., note 15, 1174; nous adhérons aussi à la définition de condamnation erronée de Leipold qui est aussi factuelle : lorsque le condamné n'a pas, dans les faits, commis l'infraction pour laquelle il a été reconnu coupable et ce, même s'il est factuellement coupable d'une autre infraction. Voir A. D. LEIPOLD, préc., note 22, 1124-1125.

⁹⁸ Voir *supra*, p. 19.

⁹⁹ Il est à noter que ce ne sont pas toutes les règles d'exclusion de la preuve qui visent un autre but que l'exactitude factuelle. Certaines règles d'exclusion permettent de mettre de côté des preuves considérées comme insuffisamment fiables pour participer adéquatement à la recherche de vérité. Voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577: « *If we accept, as we must, that the purpose of the criminal trial is to get at the truth in order to convict the guilty and acquit the innocent, then it follows that irrelevant evidence which may mislead the jury should be eliminated in so far as possible.* »; à titre d'exemple, la prohibition du oui-dire est usuellement justifiée par le manque de fiabilité de cette preuve qui pourrait miner la fonction de recherche de vérité du procès. Voir *R. c. Youvarajah*, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 18.

leur culpabilité. Les exonérés par les tests ADN ont donc été victime d'une erreur judiciaire au sens du présent mémoire et leur cas sera utilisé à titre d'illustration.

1.4 — Objectif du mémoire

Tel que déjà discuté, les chercheurs en matière d'erreurs judiciaires qui se heurtent à la circularité des listes de causes d'erreurs judiciaires finissent par remettre en question la prétention traditionnelle voulant que le *juge des faits* soit à même de déterminer avec exactitude les faits. Le présent mémoire s'inscrit dans cette lignée de réflexion. Sans remettre en question le bien-fondé du droit judiciaire ou le fait que la détermination judiciaire des faits a une visée épistémique, les erreurs judiciaires révèlent un écart entre, d'une part, la pratique qui résulte de l'application du droit, et, d'autre part, le discours de la vision traditionnelle voulant que cette pratique permette effectivement au *juge des faits* d'atteindre la vérité-correspondance.

Notre démarche s'amorce par l'identification des prémisses à la base de la vision traditionnelle du procès. Cela permet le recul conceptuel nécessaire pour départager ce qui relève de l'application stricte du droit tel qu'édicte par le législateur et ce qui relève purement et simplement de la vision traditionnelle du procès. La vision traditionnelle du procès a si longtemps fait un avec le droit que les deux semblent à première vue inextricables. Toutefois — et contrairement à son discours — la vision traditionnelle du procès ne découle pas logiquement et inévitablement des prescriptions de droit qui régissent le déroulement du procès, la présentation de la preuve et son évaluation par le tribunal.

Circonscrire les tenants et aboutissants de la vision traditionnelle met en exergue les limites au potentiel explicatif de la vision traditionnelle : elle ne propose aucune théorie générale de la preuve et le traitement judiciaire des faits qu'elle suppose se révèle contraire à ce qui se déroule dans la pratique tel que le révèlent les études empiriques (chapitre 2). En isolant le droit des postulats de la vision traditionnelle, il émerge suffisamment d'espace pour poser un regard nouveau sur ce droit et la pratique judiciaire qui en résulte :

« [...] Twining's rationalist model of adjudication fairly represents a large part of the dominant story of adjudication that the law tells about itself (and has for a long time) through the voices of most of its main participants. As such, the model also represents a

powerful analytical tool, a jumping-off point from which to organize inquiry about how closely actual practice approaches the model, how it might be made to conform more closely, and whether the model represents a proper set of desiderata for adjudication in the first place. »¹⁰⁰

La *théorie* narrative du procès est une alternative à la vision traditionnelle du procès. Comme celle-ci, elle vise à dépeindre le droit et la pratique judiciaire tels qu'ils existent actuellement. Cependant, nous sommes d'avis que la théorie narrative présente un potentiel explicatif du droit et de la réalité de sa pratique dans l'enceinte judiciaire plus important que la vision traditionnelle du procès. Elle explique clairement le droit en matière de détermination judiciaire des faits et de preuve (chapitre 3). Son caractère général permet aussi d'aller au delà du droit et d'expliquer la pratique qui résulte de ce droit. En dépeignant de façon plus exacte ce qui se passe réellement au tribunal lors d'un procès, elle permet aussi de jeter un regard critique sur la prétention traditionnelle voulant que la vérité que permet d'atteindre le processus de détermination judiciaire des faits est la vérité-correspondance. La théorie narrative est ainsi déliée de cette prémisse traditionnelle qui teinte la plupart des théorisations du processus judiciaire - les théories des philosophes Goldman et Laudan abordé précédemment en sont un exemple frappant. Elle offre ainsi l'espace nécessaire pour jeter un regard nouveau sur le problème des erreurs judiciaires (chapitre 4). Nous croyons que cette nouvelle perspective offre une alternative à l'impasse des listes de « causes » d'erreurs judiciaires auxquelles sont confrontés les chercheurs et dont nous avons fait état plus haut.

Ainsi, sans remettre en question que la détermination judiciaire des faits est un processus épistémique dont l'unique fonction est de déterminer la vérité sur les faits (tel que le droit le stipule), nous utilisons la théorie narrative afin de concevoir cette vérité comme s'éloignant de la vérité-correspondance prétendue par la vision traditionnelle pour la rapprocher de sa principale alternative, la théorie de la vérité-cohérence¹⁰¹ (chapitre 5). La théorie de la vérité-cohérence peut être expliquée en ces termes :

¹⁰⁰ M. D. RISINGER, préc., note 11, 1287 (soulignements ajoutés).

¹⁰¹ Il s'agit de sa principale alternative parmi les théories qui considèrent que la vérité est un attribut pouvant qualifier une proposition. Voir à ce sujet la définition de « *truth* » dans N. BUNNIN et J. YU, préc., note 82, p. 703; suivant Priest, il s'agit d'une des 3 théories importantes de la vérité avec la vérité-correspondance et la vérité-pragmatique. Voir G. PRIEST, préc., note 82, p. 43.

« A theory taking truth to consist in coherent relations among the members of a set of beliefs and propositions, rather than in relations between a proposition and a corresponding fact. [...] The coherence of a proposition with other propositions is the ultimate criterion of truth. Truth is defined in terms of the coherence of propositions. »¹⁰²

Le droit confine la vérité recherchée par le *juge des faits* lors du procès à celle qui émerge de la preuve présentée par les parties. L'analyse de ce droit sous l'angle de la théorie narrative révèle de façon particulièrement claire que cette vérité est identifiée selon un critère de cohérence entre les preuves présentées, rapprochant ainsi la vérité atteinte par le processus de détermination des faits d'une vérité-cohérence plutôt que de la vérité-correspondance (chapitre 6).

Bien que le présent mémoire se penche sur la notion de vérité, il est important de noter que le caractère unique de la « Vérité »¹⁰³ n'est pas remis en question. Nous tenons pour acquis qu'une réalité existe et qu'elle peut être connue, décrite et identifiée de manière exacte par des êtres humains. Cette prémisse est partagée par la plupart des critiques du système judiciaire contradictoire, notamment les plus connus tels que Jeremy Bentham, Jerome Frank ou Mirjan Damaška¹⁰⁴, mais aussi les critiques qui n'adhèrent pas à la vision traditionnelle du procès dont les idées seront mobilisées dans le présent mémoire¹⁰⁵. En effet, il est dans tous les

¹⁰² Définition de « *coherence theory of truth* », dans N. BUNNIN et J. YU, préc., note 82, p. 118; voir aussi la définition de « cohérence (théorie de la vérité comme) » dans M. BLAY (dir.), préc., note 82, p. 148; la définition de « *coherence theory of truth* » dans T. HONDERICH (dir.), préc., note 82, p. 148; G. PRIEST, préc., note 82, p. 49; Jennifer BOTHAMLEY, *Dictionary of Theories*, Detroit, Gale Research International, 1993, p. 98.

¹⁰³ Pour désigner cette « Vérité » brute survenue dans la réalité et pour la distinguer de la « vérité » que peut produire une institution sociale comme le système judiciaire, nous utiliserons la majuscule pour désigner la première.

¹⁰⁴ Ceux-ci demeuraient des tenants de la vision traditionnelle puisque leurs critiques avaient toutes pour but d'augmenter l'exactitude factuelle des jugements. Voir J. D. JACKSON, préc., note 61, 513: « *Many of the skeptics in legal literature [...] arguably turn out on examination to be rationalists who are disappointed by what they see in practice and who combine a strong belief in objective truth with a strong skepticism about the ability of present procedures, or certain aspects of them, to find this truth.* » ; voir aussi W. TWINING, préc., note 59, p. 79; voir à titre d'exemple Mirjan R. DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven, Yale University Press, 1997, p. 94-95.

¹⁰⁵ Voir par exemple Ronald J. ALLEN, « Truth and its Rivals », (1998) 49-2 *Hastings Law J.* 309, 315: « *The first is to recognize that even the most ardent sceptic does not doubt the existence of the external world or our knowledge of it.* ».

cas nécessaire d'admettre la possibilité pour l'homme d'appréhender la réalité extérieure pour concevoir qu'un tribunal puisse la juger :

« The very act of theorizing about law's epistemic practices presupposes a shared, public, knowable world. Without this supposition, the notion of law itself is unintelligible. (The same point [...] goes for radically subjective notions of truth also.) »¹⁰⁶

Si la réalité factuelle était intangible puisqu'entièrement relative, il y aurait peu à dire sur le processus judiciaire de détermination des faits qui se résumerait à un choix entre plusieurs versions tout aussi valables de la réalité¹⁰⁷. Nier la possibilité d'appréhender le monde réel implique de remettre en question le système judiciaire lui-même, ce qui est hors du projet du présent mémoire. Nous admettons qu'une seule Vérité extérieure au système judiciaire existe et que ce dernier ne vise pas à construire une vérité distincte de celle-ci.

Notre position est que la Vérité existe et que le processus de détermination judiciaire des faits, dont la visée est épistémique, *recherche* cette Vérité. Pour différencier cette Vérité de la vérité que peut aspirer à *atteindre* (nous dirons aussi *déterminer* ou *établir*) le système conçu par l'homme qu'est le processus de détermination judiciaire des faits, celle-ci sera qualifiée de vérité *judiciaire*. Suivant la vision traditionnelle selon laquelle la détermination judiciaire des faits vise à atteindre comme vérité *judiciaire* la « vérité-correspondance », le caractère *vrai* des faits déterminés dépend de leur conformité avec les faits tels qu'ils se sont déroulés dans la réalité extérieure. Au contraire, une détermination judiciaire des faits qui vise à atteindre comme vérité *judiciaire* une « vérité-cohérence » aura déterminé les faits *vrais* lorsqu'ils sont les plus cohérents parmi ceux mis en preuve lors du procès. Ces notions seront plus amplement explorées ultérieurement, au chapitre 5.

Une précision s'impose. Il nous faut admettre que le recours aux expressions « vérité-correspondance » et « vérité-cohérence » dans le présent mémoire est trompeur pour tout lecteur versé en philosophie. Dans ce domaine, ces deux expressions ont pour vocation respective de définir avec exactitude la Vérité. Ici, nous mobilisons ces expressions pour décrire le type de vérité *accessible* à l'institution sociale qu'est le système judiciaire, ce qui

¹⁰⁶ M. S. PARDO, préc., note 90, 339 (renvois omis).

¹⁰⁷ R. J. ALLEN, préc., note 105, 311.

semble conférer à la notion de vérité-cohérence une valeur épistémique moindre que la vérité-correspondance, alors que ce n'est pas le cas pour les notions philosophiques. Cette distorsion résulte du fait que le caractère vrai de la vérité-cohérence dépend de sa cohérence à l'intérieur du système judiciaire et que la correspondance entre cette vérité-cohérence et la réalité extérieure peut encore être évaluée subséquemment. D'un autre côté, la vérité-correspondance déterminée par le tribunal ne présente qu'un seul niveau d'analyse : elle doit correspondre à la réalité extérieure pour être vraie. Cette distorsion des concepts nous semble néanmoins nécessaire puisque la vérité produite par une institution sociale pourra toujours être contre-vérifiée dans la réalité. Néanmoins, notre objet d'intérêt n'est pas l'écart entre la vérité que peut déterminer, établir ou atteindre la détermination judiciaire des faits et la Vérité, mais plutôt la nature de la vérité pouvant être déterminée, établie ou atteinte par l'institution. Seul le premier niveau d'analyse importe et nous ne conférons aucune valeur supérieure à la vérité-correspondance par rapport à la vérité-cohérence. Dans le cadre du présent mémoire, la vérité-correspondance et la vérité-cohérence sont des notions distinctes en ce qu'elles représentent différentes vérités qu'une institution sociale peut être en mesure d'établir, même si chacune d'elles aspire à sa manière à représenter fidèlement la Vérité. Cette dernière étant l'objet de la recherche de tout processus épistémique, elle demeure donc forcément l'objectif auquel aspire le processus de détermination judiciaire des faits. D'autres juristes ont eu recours à ces expressions dans le même sens que celui utilisé dans le présent mémoire¹⁰⁸. Cette redéfinition de la vérité *judiciaire* que peut atteindre le processus de détermination judiciaire des faits a pour but de diminuer l'écart entre la vision traditionnelle — la détermination des faits permet d'atteindre la vérité-correspondance — et la réalité résultant de l'application stricte du droit — l'échec de l'atteinte à tout coup de cet objectif —, un écart particulièrement révélé par la révolution ADN.

¹⁰⁸ Pour une utilisation semblable des notions de « vérité-correspondance » et « vérité-cohérence », voir notamment M. R. DAMASKA, préc., note 66; J. D. JACKSON, préc., note 76; Z. BANKOWSKI, préc., note 82.

2. Le traitement judiciaire des faits

2.1 — Survol du droit judiciaire criminel canadien

Le procès criminel canadien est de type contradictoire et ses principales caractéristiques sont celles des procès criminels de common law :

« [...] Canadian criminal law and procedure incorporates some major features of the British common law: an adversarial and accusatorial system with an independent judiciary, the presumption of innocence, the burden of proof resting with the Crown beyond a reasonable doubt (with exceptions), the non-compellability of the accused, trial by jury, no criminality or punishment unless specified by law [...] and the rule against double jeopardy. »¹⁰⁹

Le processus judiciaire de détermination des faits est structuré autour des versions des événements en compétition avancées par les parties¹¹⁰. Les parties en cause à un procès criminel sont le poursuivant¹¹¹, la plupart du temps l'État (aussi appelé la « Couronne » ou la « Reine »)¹¹², et la défense¹¹³. Cette dernière est une expression qui assimile indistinctement l'accusé et son avocat ou représentant¹¹⁴. La Couronne est représentée par le procureur général du Canada ou le procureur général du Québec¹¹⁵, dont les pouvoirs sont respectivement

¹⁰⁹ T. QUIGLEY, préc., note 37, n^{os} 2.2, p. 2-9; dans le présent texte, le modèle contradictoire, anglo-saxon ou de common law désigne le même système. Utilisant ces expressions de manière interchangeable, voir notamment P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 46.

¹¹⁰ P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 3.

¹¹¹ Pour la définition, voir *supra*, note de bas de page 37.

¹¹² T. QUIGLEY, préc., note 37, n^{os} 21.5(b), p. 21-13; A. E. POPPLE, *Canadian Criminal Evidence*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1954, p. 3.

¹¹³ T. QUIGLEY, préc., note 37, n^{os} 2.2, p. 2-10; Jacques DUCROS, « The Role of the Trial Judge in the Criminal Process », dans *Studies in Criminal Law and Procedure*, Agincourt, Canada Law Book, 1973, p. 1 à la page 1.

¹¹⁴ P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 254.

¹¹⁵ Dans les faits, il s'agit des ministres de la justice des deux paliers gouvernementaux. Voir *Id.*, par. 229; Frank P. HOSKINS, « The Players of a Criminal Trial », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 195 à la page 201; T. QUIGLEY, préc., note 37, n^{os} 16.2, p. 16-5.

exercés par le Service des poursuites pénales du Canada pour le premier et le Directeur des poursuites criminelles et pénales quant au second¹¹⁶.

Sommairement, au procès, les parties doivent établir chacun des faits essentiels requis par la disposition législative qu'elles invoquent à leur bénéfice¹¹⁷. Pour démontrer la culpabilité d'un accusé à une infraction criminelle, le procureur de la Couronne doit donc établir les éléments essentiels prévus à cette infraction – l'*actus reus* (acte prohibé) et la *mens rea* (intention prohibée)¹¹⁸ – auxquels s'ajoute l'identité de l'accusé comme celui ayant commis le crime¹¹⁹. Ces faits essentiels sont démontrés grâce à la présentation de preuves¹²⁰ et ces preuves sont ce qui est présenté au procès dans le but de persuader le tribunal que le fait essentiel est survenu dans la réalité¹²¹.

Le principe fondamental en droit de la preuve est la liberté de preuve au centre de laquelle réside la notion de « pertinence » : toute la preuve pertinente est admissible devant le tribunal. Ce principe découle directement de la vision traditionnelle benthamienne voulant que

¹¹⁶ Au Canada, le directeur du Service des poursuites pénales du Canada assume le rôle du procureur général du Canada en vertu de la partie 3 de la *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, L.C. 2006, c. 9; le rôle du procureur général de la province du Québec est assumé par le Directeur des poursuites criminelles et pénales en vertu de la *Loi sur le Directeur des poursuites criminelles et pénales*, RLRQ, c. D-9.1.1; voir P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 232.

¹¹⁷ H. L. HO, préc., note 89, p. 10; A. E. POPPLE, préc., note 112, p. 10.

¹¹⁸ *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, par. 66: « [...] the actus reus and mens rea of an offence represent two aspects of the criminal conduct. The actus reus is the act and the mens rea, or guilty mind, the intention to commit that act. »; voir Morris MANNING et Peter SANKOFF, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5^e éd., Markham, LexisNexis, 2015, n^o 3.1; Hugues PARENT, *Traité de droit criminel : la culpabilité*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2014, p. 13; David C. PERRIER, « An Introduction to Criminal Law », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 1 à la page 11.

¹¹⁹ Roger E. SALHANY, *The Practical Guide to Evidence in Criminal Cases*, 8^e éd., Toronto, Carswell, 2013, p. 4-5.

¹²⁰ A. E. POPPLE, préc., note 112, p. 10.

¹²¹ S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 36, n^o 1:20; A. E. POPPLE, préc., note 112, p. 19; Jeremy BENTHAM, *A Treatise on Judicial Evidence : Extracted from the Manuscripts of Jeremy Bentham, by M. Dumont, London, 1825*, coll. The Making of Modern Law, Gale, Cengage Learning, p. 24, en ligne : <<<http://galenet.galegroup.com.proxy3.library.mcgill.ca/servlet/MOML?af=RN&ae=F104539521&srcht=a&ste=14>>> (consulté le 26 mai 2016).

le procès ait pour objectif de mener à des décisions judiciaires factuellement exactes¹²². Ce principe est encore aujourd'hui au cœur du droit de la preuve¹²³.

Suivant le droit positif, un élément de preuve est dit pertinent s'il rend un fait en litige plus, ou moins, probable qu'il ne le serait sans cette preuve¹²⁴. Ainsi, la preuve qui vise à prouver un des faits essentiels prescrits par le droit est indéniablement pertinente¹²⁵. Lorsque la preuve vise plutôt à établir des circonstances afin que soit ensuite inféré un des faits essentiels, la pertinence de la preuve devient plus difficile à évaluer¹²⁶. Le droit prescrit que la pertinence s'évalue suivant l'expérience humaine et le bon sens¹²⁷. Le degré de pertinence d'un élément de preuve est par ailleurs évolutif au cours du processus judiciaire¹²⁸ puisqu'il

¹²² Voir J. BENTHAM, préc., note 121, p. 1.

¹²³ En 2015, la Cour suprême réaffirmait que la fonction de recherche de vérité du procès est encore aujourd'hui à la base du principe voulant que toute la preuve pertinente à une affaire soit admissible : *R. c. Grant*, [2015] 1 R.C.S. 475, par. 18; voir David PACIOCCO et Lee STUESSER, *The Law of Evidence*, 7^e éd., coll. Essentials of Canadian Law, Toronto, Irwin Law, 2015, p. 2 et 27.

¹²⁴ *R. c. Grant*, préc., note 123, par. 18; *R. c. Blackman*, [2008] 2 R.C.S. 298, par. 30; *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 47; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, par. 38; E. G. EWASCHUK, préc., note 80, n° 16:12010 (octobre 2015); David WATT, *Watt's Manual of Criminal Evidence*, Toronto, Carswell, 2015, n° 3.0; Christine BOYLE, Marilyn T. MACCRIMMON et Dianne MARTIN, *The Law of Evidence: Fact Finding, Fairness, and Advocacy*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1999, p. 46.

¹²⁵ *R. c. Arp*, préc., note 124, par. 38; P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 646; R. E. SALHANY, préc., note 119, p. 5.

¹²⁶ R. E. SALHANY, préc., note 119, p. 7: « [...] the trial judge [...] is required to examine that evidence in light of all of the factual issues that are raised and the respective position taken by the Crown and the defense in the case. »; S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 31:110.

¹²⁷ Une preuve est pertinente et admissible si, selon la logique, le bon sens et l'expérience humaine, elle aide à trancher une question en litige. Voir *R. c. White*, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. v. Tash*, 2013 ONCA 380, par. 56; *R. c. Seaboyer*, préc., note 99; E. G. EWASCHUK, préc., note 80, n° 16:12010; S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, p. 31:50; P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 646; D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, p. 30; Brian D. WILLISTON, « The Basic Principles of Evidence », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 229 à la page 230; S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 66, n° 2.42; R. E. SALHANY, préc., note 119, p. 6; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 47.

¹²⁸ *R. c. Blackman*, préc., note 124, par. 30.

dépend de l'ensemble de la preuve déjà admise à ce moment¹²⁹ ainsi que de la position et des arguments des parties¹³⁰.

Si la pertinence est une condition nécessaire à l'admission en preuve, elle n'est pas une condition suffisante. Le droit prescrit que la valeur probante de la preuve doit également surpasser son effet préjudiciable et que la preuve ne doit être visée par aucune règle d'exclusion spécifique¹³¹. Ces dernières peuvent être les règles d'exclusion du droit de la preuve¹³² ou de nature constitutionnelle, basées sur la *Charte*¹³³.

Une fois qu'une preuve est pertinente, que sa valeur probante dépasse son effet préjudiciable et qu'elle n'est visée par aucune règle d'exclusion, elle est admissible. Se pose à ce moment la question de sa valeur probante. L'admissibilité de la preuve est une question de droit qui relève du *juge du procès*, alors que la valeur probante d'une preuve est une question de fait qui relève du *juge des faits*¹³⁴. Lorsque le procès se déroule devant jury, le juge est le maître du droit et, le jury, le maître des faits¹³⁵ : une fois que le juge du procès a déclaré la preuve admissible, seul le jury peut se prononcer sur sa valeur probante. Lorsqu'il siège seul, le juge statue sur l'admissibilité *et* la valeur probante de la preuve¹³⁶. Qu'il s'agisse d'un jury

¹²⁹ *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, par. 64; P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 646; D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, p. 33.

¹³⁰ *R. v. Tash*, préc., note 127, par. 57; E. G. EWASCHUK, préc., note 80, n° 16:12010; R. E. SALHANY, préc., note 119, p. 7; A. E. POPPLE, préc., note 112, p. 29-30.

¹³¹ R. E. SALHANY, préc., note 119, p. 5; P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 647; D. WATT, préc., note 124, n° 5.0; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 66, n° 2.40; en plus des règles d'exclusion spécifiques, le juge a effectivement la discrétion d'exclure la preuve dont l'effet préjudiciable dépasse sa valeur probante ou qui rendrait le procès inéquitable. Voir S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 36, n° 5:10; D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, p. 44.

¹³² Comme les règles d'exclusion du ouï-dire, des déclarations extrajudiciaires, couvertes par un privilège, de la preuve d'opinion, des confessions, etc.

¹³³ P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 657; R. E. SALHANY, préc., note 119, p. 18.

¹³⁴ A. E. POPPLE, préc., note 112, p. 56; B. D. WILLISTON, préc., note 127 à la page 230.

¹³⁵ *R. c. Daley*, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 28; F. P. HOSKINS, préc., note 115 à la page 201; A. E. POPPLE, préc., note 112, p. 327.

¹³⁶ P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 535; T. QUIGLEY, préc., note 37, p. 21.5(a), p. 21-11; au Canada, la vaste majorité des dossiers se déroulent devant un juge siégeant seul. Voir *Id.*, n° 1.4, p. 1-6; Alan T. TUFTS, « How Judges Decide Cases: Assessing Credibility », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From*

ou d'un juge siégeant seul, le *juge des faits* est donc celui qui évalue la valeur probante de la preuve admise au procès :

« It is important to draw a distinction between the admissibility of evidence and its weight. When one side seeks to introduce evidence and the other side objects, the trial judge must rule as to its admissibility. [...] If the judge rules that the evidence has passed the threshold test and is admissible, then the question of what importance or weight should be attached to the evidence is a matter solely for the trier of fact, either a jury or the judge sitting without a jury. »¹³⁷

L'évaluation de la valeur probante de la preuve se fait selon deux composantes, sa crédibilité (honnêteté du témoignage) et sa fiabilité (exactitude de l'observation et du souvenir)¹³⁸. Le droit prescrit que cette évaluation relève encore une fois de l'expérience et du bon sens¹³⁹. Un fait est prouvé lorsque la valeur probante de la preuve produite au procès est telle qu'elle a convaincu le *juge des faits* de l'existence du fait selon le fardeau de preuve prescrit par le droit :

« *Proof* is the establishment of the existence or non-existence of some facts (a *factum probandum* or *fact in issue*) to the satisfaction of a legal tribunal charged with determining this fact in issue. The degree of satisfaction required is prescribed by the applicable *standard of proof*, for example, 'balance of probabilities' or 'beyond reasonable doubt'. »¹⁴⁰

Un verdict de culpabilité résulte donc de la conclusion du *juge des faits* que chacun des éléments essentiels de l'infraction a été prouvé et du rejet des moyens de défense qu'a pu soulever l'accusé :

Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 639 à la page 639.

¹³⁷ R. E. SALHANY, préc., note 119, p. 25-26 (nous soulignons); voir aussi D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, p. 35.

¹³⁸ S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 30:10; D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, p. 36; P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 2460; A. T. TUFTS, préc., note 136 à la page 640; *R. v. Sanichar*, 2012 ONCA 117, par. 69, (j. Laskin, motifs dissidents); confirmé par *R. c. Sanichar*, [2013] 1 R.C.S. 54; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 432; *R. v. Morrissey*, 80 O.A.C. 161 (1995).

¹³⁹ D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, p. 566; S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 31:70; il s'agit de l'état du droit que le *juge des faits* soit un jury ou un juge siégeant seul. Voir *R. c. W.H.*, [2013] 2 R.C.S. 180, par. 31; David WATT, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 2015, p. 267.

¹⁴⁰ W. TWINING, préc., note 59, p. 193 (accentuations originales); le fardeau applicable est prescrit par le droit substantiel. Voir D. WATT, préc., note 124, n° 16.04.

« [...] at a criminal trial, a guilty verdict of the general form communicates the ultimate finding that the defendant is guilty as charged, which necessarily implies positive findings on fact instantiations of all necessary elements of the crime. In reaching the verdict, the court may, for example, have to decide on an evidential issue of alibi. A guilty verdict implies the rejection of the alibi claim; the court may convict the defendant only if it finds that the defendant, despite her protestation, was at the scene of the crime at the material time. »¹⁴¹

Contrairement au jury qui transmet uniquement un verdict¹⁴², le juge doit détailler dans son jugement les faits qu'il a retenus de la preuve présentée et qui l'ont mené à son verdict¹⁴³.

Le présent titre se voulait un survol du droit en matière de traitement judiciaire des faits. Comme expliqué au chapitre 1, départager ce droit de ce qui relève du discours traditionnel permet de concevoir que ce dernier n'est pas immanent au droit canadien. La vision traditionnelle semble découler naturellement du droit simplement parce qu'elle est dominante et incontestée depuis de nombreuses années, mais il s'agit d'une *perspective*. Circonscrire le discours traditionnel présente l'avantage particulier d'en révéler les limites et, ce faisant, de permettre la remise en question de son caractère adéquat. Cela est possible sans toucher au droit de la preuve canadien dont les grandes lignes des aspects qui nous intéressent viennent d'être résumées.

2.2 — La vision traditionnelle du traitement judiciaire des faits

Traditionnellement, plutôt que d'un domaine d'étude et de recherche, la sélection de la preuve à présenter et son traitement durant le procès sont conçus comme des questions relevant du bon sens général et de l'instinct¹⁴⁴ qui s'acquièrent avec l'expérience de

¹⁴¹ H. L. HO, préc., note 89, p. 12.

¹⁴² P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 2505; Steven PENNEY, Vincenzo RONDINELLI et James STRIBOPOULOS, *Criminal Procedure in Canada*, Markham, LexisNexis, 2011, n° 16.63.

¹⁴³ Voir P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 2505-2507; D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, p. 21; A. T. TUFTS, préc., note 136 à la page 662; S. PENNEY, V. RONDINELLI et J. STRIBOPOULOS, préc., note 142, n° 16.63; Eugene G. EWASCHUK, *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2^e éd., 3, Toronto, Canada Law Book, 1987, feuilles mobiles, à jour en février 2016, n° 23:2160; sur l'étendue de l'obligation de motivation du juge seul, voir *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 R.C.S. 3.

¹⁴⁴ La juge Charron, alors à la Cour d'appel de l'Ontario, énonçait que le choix de la preuve pertinente à présenter au procès par les avocats est fait instinctivement. Voir *R. v. L.B.*, [1997] 102 OAC 104, note de bas de page 3.

l'avocat¹⁴⁵. Pourtant, dans la pratique, le juriste travaille avant toute chose avec des faits : il les enquête, les évalue et les traite, que ce soit pour donner un avis juridique, négocier un règlement ou plaider une cause au tribunal¹⁴⁶. Le procès criminel en lui-même est essentiellement défini par la doctrine comme un débat sur les faits gouverné par des règles de droit¹⁴⁷.

Plusieurs explications ont été soulevées pour cette mise de côté du traitement des faits dans l'étude traditionnelle du droit, notamment la volonté de la discipline de minimiser la subjectivité inhérente à un processus qui traite des faits récoltés, sélectionnés et plaidés par des parties intéressées¹⁴⁸. La rhétorique, entendue comme l'art de persuader¹⁴⁹, était intrinsèque et inséparable du droit à l'époque de la Grèce antique¹⁵⁰. Depuis les Lumières, elle est plutôt perçue comme source d'obscurcissement de la vérité¹⁵¹. Le discours neutre et transparent de la science fait alors autorité et rend suspect le recours au langage littéraire et évocateur¹⁵². Le divorce du droit et de la rhétorique a permis au discours juridique de se proclamer complet,

¹⁴⁵ William TWINING, « Taking Facts Seriously », dans *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 14; D. SIMON, préc., note 35, 210.

¹⁴⁶ P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 127; David CARSON, « A Psychology and Law of Fact Finding », dans David CARSON, Rebecca MILNE, Francis PAKES, Karen SHALEV et Andrea SHAWYER (dir.), *Applying Psychology to Criminal Justice*, Chichester, John Wiley & Sons, 2007, p. 115 à la page 115; W. TWINING, préc., note 59, p. 18 et 419; Jane B. BARON et Julia EPSTEIN, « Is Law Narrative ? », (1997) 45 *Buffalo Law Rev.* 141, 184.

¹⁴⁷ P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 567: « toute [...] procédure a pour objectif ultime l'établissement des faits »; A. E. POPPLE, préc., note 112, p. 10: « *A criminal case is the trial of an issue of fact [...]* »; voir aussi D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, p. 1; J. DUCROS, préc., note 113 à la page 1.

¹⁴⁸ Voir notamment P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 128.

¹⁴⁹ James Boyd WHITE, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, University of Wisconsin Press, 1985, p. 29; pour des explications sur l'usage du terme « rhétorique », voir John HOLLANDER, « Legal Rhetoric », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 176; voir aussi Albert W. HALSALL, *L'art de convaincre: le récit pragmatique rhétorique, idéologie, propagande*, Toronto, Paratexte, 1988, p. 98.

¹⁵⁰ W. TWINING, préc., note 59, p. 286; Peter BROOKS, « Narrative Transactions - Does the Law Need a Narratology », (2006) 18 *Yale J. Law Humanit.* 1, 2, 20; J. B. BARON et J. EPSTEIN, préc., note 146, 147; J.M. BALKIN, « A Night in the Topics: The Reason of Legal Rhetoric and the Rhetoric and the Rhetoric of Legal Reason », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 211 à la page 211.

¹⁵¹ Richard K. SHERWIN, « Law Frames: Historical Truth and Narrative Necessity in a Criminal Case », (1994) 47 *Stanford Law Rev.* 39, 79; J. B. WHITE, préc., note 149, p. 28.

¹⁵² Guyora BINDER et Robert WEISBERG, *Literary Criticisms of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2000, p. 305.

autonome et hermétique¹⁵³, à l'interprétation juridique de se dire objective, neutre et a-contextuelle¹⁵⁴, et au procès de prétendre à une certaine scientificité¹⁵⁵ en se qualifiant de processus de découverte de la Vérité suivant une méthode entièrement prédéterminée par un corpus fixe de règles systématiques¹⁵⁶. L'attention des juristes s'est ainsi traditionnellement portée sur les règles de droit positif qui décident de l'admissibilité de la preuve, plutôt que sur les faits que ces règles visaient à gérer :

« It is a tradition of relatively complacent commonsense empiricism that concentrates on the most formal and most public part of judicial processes and has devoted far more attention to the rules of admissibility than to questions about the collection, processing, presentation and weighing of information that reaches the decision makers. »¹⁵⁷

Conformément à cette vision traditionnelle centrée sur les règles de droit, les ouvrages en droit de la preuve se limitent généralement à recenser et à commenter les règles de preuve¹⁵⁸. À titre d'exemple, les auteurs Béliveau et Vaclair amorcent leur ouvrage qui a pour titre et pour objet la « preuve pénale » en expliquant qu'ils traiteront d'abord des principes juridiques généraux d'admissibilité pour ensuite analyser chacune des règles de droit particulières¹⁵⁹. Ce type d'ouvrage, représentatif de la doctrine traditionnelle en droit de la preuve¹⁶⁰, ne traite pas de la preuve pénale en elle-même, mais plutôt des règles de droit gérant son administration lors du procès.

¹⁵³ Brooks attribue le divorce du droit et de la rhétorique à la professionnalisation du droit. Voir P. BROOKS, préc., note 150, 20.

¹⁵⁴ Richard K. SHERWIN, « The Narrative Construction of Legal Reality », (1994) 18 *Vt. Law Rev.* 681, 681.

¹⁵⁵ J. D. JACKSON, préc., note 61, 504; il va sans dire que l'application d'une méthodologie marquée de scientificité n'assure pas la neutralité et l'objectivité du résultat. Voir à ce sujet A. W. HALSALL, préc., note 149, p. 41.

¹⁵⁶ Jane E. LARSON, « A Good Story and the Real Story », (2000) 34 *John Marshall Law Rev.* 181, 184.

¹⁵⁷ William TWINING, *Theories of Evidence : Bentham and Wigmore*, Stanford, Stanford University Press, 1985, p. 26, à la note de bas de page 108; voir aussi W. TWINING, préc., note 59, p. 2.

¹⁵⁸ Relevant que cela est contraire à la réalité de la pratique où les faits ont davantage d'importance, voir Paul ROBERTS, « Groundwork for a Jurisprudence of Criminal Procedure », dans Anthony DUFF et Stuart GREEN (dir.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, coll. Oxford Scholarship Online, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 379 aux pages 384-386; P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 127-128.

¹⁵⁹ P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 568: « la division entre les principes généraux de la preuve et les règles particulières à chaque preuve [est une] distinction commode [qui] sera la nôtre ».

¹⁶⁰ Certains appellent ce type d'écrits en droit le « *doctrinal scholarship* ». Voir R. C. PARK et M. J. SAKS, préc., note 48, 951.

En l'absence de cadre théorique unifiant les règles de preuve — essentiellement des règles d'exclusion de la preuve¹⁶¹ — le droit de la preuve peut être comparé à un fromage suisse avec plus de trous que de fromage¹⁶². La vision traditionnelle centrée sur les règles d'exclusion de la preuve ne propose aucune théorie générale. Elle suppose de concevoir la preuve comme étant plus ou moins tout ce qui est admis au procès, qui permet de trancher le litige et dont les conditions d'admissibilité suffisantes sont définies par les règles de droit¹⁶³. En ce qui a trait à la détermination judiciaire des faits, elle tient pour acquis que le *juge des faits* attache une valeur probante à chacun des éléments mis en preuve, sous forme de probabilité ou non¹⁶⁴, jusqu'à satisfaction du fardeau de preuve requis par le droit que la partie invoque :

« [...] the conventional view of juridical proof held that liability is determined by proof of the formally necessary elements to the requisite burden of persuasion, typically a preponderance of the evidence in civil cases and proof beyond reasonable doubt in criminal cases. »¹⁶⁵

La vision traditionnelle du procès est ainsi fondamentalement « atomiste »¹⁶⁶ en ce que la valeur de chaque élément de preuve est évaluée individuellement et systématiquement, conformément aux sciences naturelles :

¹⁶¹ R. c. *Zeolkowski*, préc., note 131; D. WATT, préc., note 124, n° 5.0.

¹⁶² J. D. JACKSON, préc., note 76, 323; Peter MURPHY, *Evidence, Proof, and Facts: A Book of Sources*, New York, Oxford University Press, 2003, p. 2; si l'absence d'harmonie entre les règles de preuve et leur incidence globale sur l'issue factuelle des procès sont rarement commentées, cela semble découler de leur caractère immémoriale. Voir A. E. POPPLE, préc., note 112, p. 1.

¹⁶³ Ronald J. ALLEN, « Factual Ambiguity and a Theory of Evidence », (1994) 88 *Northwest. Univ. Law Rev.* 604, 616.

¹⁶⁴ La version non probabiliste de la conception traditionnelle de la preuve prévoit que chaque élément de preuve est soit retenu comme vrai ou soit rejeté comme faux par le *juge des faits*, alors que la version probabiliste suppose qu'une valeur mathématique de la probabilité de véracité d'un élément de preuve est attribuée à chacun d'eux. Dans les deux conceptions, le *juge des faits* arrive ainsi à une décision en assemblant et désassemblant ces éléments de preuve. Voir M. R. DAMASKA, préc., note 104, p. 35.

¹⁶⁵ R. J. ALLEN, préc., note 163, 604.

¹⁶⁶ Il s'agit de notre traduction de l'expression « *atomistic model* ». Le premier recours à ce terme peut être attribué au théoricien du droit de la preuve anglais William Twining, mais a depuis été repris et utilisé abondamment par les différents théoriciens du droit de la preuve. Voir notamment : W. TWINING, préc., note 59; M. R. DAMASKA, préc., note 104, p. 35; J. D. JACKSON, préc., note 76; Terence ANDERSON, David A. SCHUM et William L. TWINING, *Analysis of Evidence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; Marijke MALSCH et Ian FRECKELTON, « The Evaluation of Evidence : Differences between Legal Systems », dans Hendrik KAPTEIN,

« [...] the orthodox model of legal reasoning is drawn from the physical sciences. Each relevant fact must be proven independently; each element of a cause of action must be checked off in turn. If each and every piece is established, then and only then may we organize these pieces into a whole that carries social meaning, determining, for example, that a cause of action has been established. This thought process is deductive or "systematic" reasoning. »¹⁶⁷

Après le dépôt de la preuve lors du procès, cette vision nous laisse avec une masse de preuves de différents types, sans moyen d'opérationnaliser les concepts clés que sont leur pertinence ou leur valeur probante¹⁶⁸ et qui, suivant le droit, permettent au *juge des faits* d'en arriver à une décision :

« Evidence is individuated atomistically and its legal pedigree determined, piece by piece, according to whether each item of evidence passes the all-important admissibility test. This approach says nothing about how different pieces of evidence might be combined together or interpreted holistically; nor, crucially, does it enter into debates about how in practice fact-finders do or should acquire, marshal, scrutinize, synthesize, and evaluate the information at their disposal and assess it against applicable legal standards of proof. »¹⁶⁹

La négation de l'importance des faits dans la conception traditionnelle atomiste du procès a pour effet que les juristes et les chercheurs se trouvent dénués de moyens concrets et efficaces pour nommer et expliquer la gestion des faits par les praticiens et par les *juges des faits*, ou même pour analyser à un niveau plus poussé les règles de droit qui les gèrent¹⁷⁰. Un important théoricien du droit de la preuve anglais, William Twining, notait ces lacunes de la vision traditionnelle dès 1978, en ces termes :

« One central problem may be restated as follows: most Evidence scholarship in the Anglo-American tradition (and here I would include courses on Evidence and public debate on evidentiary issues) has concentrated on and been organized around the rules of evidence, especially the exclusionary rules, and their rather limited framework of

Henry PRAKKE et Bart VERHEIJ (dir.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Burlington, Ashgate Publishing, 2009, p. 117.

¹⁶⁷ J. E. LARSON, préc., note 156, 182-183.

¹⁶⁸ R. J. ALLEN, préc., note 163, 604.

¹⁶⁹ P. ROBERTS, préc., note 158 à la page 386.

¹⁷⁰ Certains auteurs de doctrine ont récemment participé à modifier cette tendance en écrivant des ouvrages sur le droit de la preuve qui incluent expressément cette considération. Voir notamment C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124; P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24; notant cette lacune, voir *Id.*, p. 43: « [...] an important and often neglected dimension of evidentiary theory and practice concerns the logic of fact-finding under conditions of uncertainty about past events. ».

concepts. Within that tradition work on other aspects of evidence, proof and factfinding has at best been fragmented and spasmodic. Work in such fields as forensic science, witness psychology, the logic of proof, probability theory, and the systematic study of fact-finding institutions and processes has proceeded largely independently, not only of the study of evidence doctrine, but also of each other. All these lines of enquiry — and many others — seem to be related, but the exact nature of the relationships is often puzzling and obscure. From the point of view of a broadened conception of legal scholarship it is worth asking: Is it possible to develop a coherent framework for the study of evidence, proof and related matters within academic law? »¹⁷¹

Au moment où le professeur Twining dressait ce constat au Royaume-Uni s'amorçait un renouveau en droit de la preuve aux États-Unis avec l'arrivée du « *New Evidence Scholarship* ». La paternité de cette expression revient au professeur Richard Lempert, fervent tenant de l'interdisciplinarité, qui, en 1986, se réjouissait que les auteurs en droit de la preuve abandonnent le modèle traditionnel centré sur les règles d'admissibilité pour s'intéresser plus largement à l'étude du processus de la preuve¹⁷². Le *New Evidence Scholarship* représente ainsi le passage de l'analyse des règles de preuve à l'analyse de la façon dont les inférences sont tirées d'une masse de preuve¹⁷³. Même si ce mouvement n'a plus rien de nouveau 30 ans plus tard, l'expression maintenant consacrée¹⁷⁴ est toujours utilisée pour désigner la branche du droit de la preuve qui s'intéresse aux fondements philosophiques des règles de preuve et au traitement judiciaire des faits qui en résulte, ou devrait en résulter :

« To be clear, the new evidence scholarship still focused to a large extent on rules, but it provided more robust analysis in light of the legal proof process and its underlying goals

¹⁷¹ W. TWINING, préc., note 59, p. 2, extrait d'un texte de l'auteur publié en 1980.

¹⁷² Richard LEMPERT, « *New Evidence Scholarship : Analysing the Process of Proof* », (1986) 66-3 *Boston Univ. Law* 439, 439: « *Too often, [...] articles followed the model "What's Wrong with the Twenty-Ninth Exception to the Hearsay Rule and How the Addition of Three Words Can Correct the Problem."* [...] *Today [e]vidence is being transformed from a field concerned with the articulation of rules to a field concerned with the process of proof.* ».

¹⁷³ W. TWINING, préc., note 59, p. 245-247; J. D. JACKSON, préc., note 76, 309; David A. SCHUM, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, coll. Wiley series in systems engineering, New York, JWiley, 1994, p. 62.

¹⁷⁴ Voir notamment Michael S. PARDO, « *The Nature and Purpose of Evidence Theory* », (2013) 66-2 *Vanderbilt Law Rev.* 547, 548; W. TWINING, préc., note 74 à la page 85; R. C. PARK et M. J. SAKS, préc., note 48, 984; W. TWINING, préc., note 59, p. 244; A. STEIN, préc., note 79, p. 111; J. D. JACKSON, préc., note 76; D. A. SCHUM, préc., note 173, p. 62; Roger C. PARK, « *Evidence Scholarship, Old and New* », (1991) 75-3 *Minn. Law Rev.* 849, 854.

most significantly, the goals of fostering accurate outcomes, avoiding factual errors, and allocating the risk of error in a fair and justified manner. »¹⁷⁵

En visant à articuler ce qui constitue une forme valide, convaincante et appropriée de raisonnement sur les questions de fait, le *New Evidence Scholarship* est venu souligner les limites au potentiel explicatif de la vision traditionnelle du procès quant au traitement judiciaire des faits. Un autre développement est aussi venu miner sa légitimité : la démonstration empirique qu’aucun des acteurs du système judiciaire ne réfléchissait comme sa stricte application — fondamentalement atomiste — le requerrait.

Ainsi, le recul conceptuel que permet la dissociation du droit judiciaire et de la vision traditionnelle atomiste du procès met en exergue le faible potentiel explicatif et analytique de cette vision : elle ne propose aucune théorie générale de la preuve et le traitement judiciaire des faits qu’elle suppose se révèle contraire à ce qui déroule dans la mise en pratique quotidienne du droit au tribunal.

2.3 — Les recherches empiriques sur le traitement judiciaire des faits

2.3.1 Les histoires au centre des procès

Les chercheurs W. Lance Bennett et Martha S. Feldman ont démontré que les participants à un procès¹⁷⁶ utilisaient les histoires comme instrument d’analyse des cas¹⁷⁷. Les histoires sont ici entendues comme une forme de communication utilisée de façon quotidienne

¹⁷⁵ M. S. PARDO, préc., note 174, 549; le projet théorique du *New Evidence Scholarship* poursuit ainsi les travaux des penseurs tels que Bentham et Wigmore qui ont exploré les fondations philosophiques du droit de la preuve. Voir *Id.*, 548.

¹⁷⁶ Les chercheurs réfèrent largement à toute personne participant au processus, que ce soit un témoin, un juré, un accusé ou un spectateur. Voir W. Lance BENNETT et Martha S. FELDMAN, *Reconstructing Reality in the Courtroom: Justice and Judgment in American Culture*, coll. Crime, Law, and Deviance, New Brunswick, Rutgers University Press, 1981, p. 3.

¹⁷⁷ *Id.*, p. 18; cette conclusion s’est graduellement imposée au fil de plus d’un an d’étude ethnographique, période au cours de laquelle les auteurs ont observé au-dessus d’une soixantaine de procès criminels. Voir *Id.*, p. 11-12. Cette étude a été faite à la Cour Supérieure de l’État de Washington dans King County (Seattle); les auteurs ont observé les procédures formelles, les échanges informels entre participants et ont aussi procédé à des entrevues formelles. Voir *Id.*, p. 12-13.

pour créer un contexte aux actions sociales de manière à leur conférer un sens¹⁷⁸. En fournissant les éléments nécessaires à l'interprétation d'une action — tels que le rôle de la personne l'ayant accomplie, ses motivations, ce qui a précédé l'action et ce qui s'en est suivi — les histoires permettent d'anticiper le déroulement d'une situation sociale, de la juger et ainsi d'y adapter sa réaction¹⁷⁹. Plutôt que les procédures ou le droit, les histoires seraient ainsi les véritables outils permettant la présentation, l'organisation et l'analyse de la preuve présentée au procès¹⁸⁰.

Pour Bennett et Feldman, plusieurs éléments du procès comme la déclaration d'ouverture, les plaidoiries finales et les questions posées aux témoins démontrent que les parties combattent pour redéfinir les faits de façon compatible avec leurs positions respectives sur l'incident visé par le procès¹⁸¹. L'obligation pour le poursuivant de démontrer la culpabilité de l'accusé peut être traduite par celle de devoir construire et présenter une histoire structurellement complète — acteur, scène, intention, action et objectif — qui contient une interprétation cohérente du comportement de l'accusé. La preuve du comportement hors de tout doute raisonnable signifie que les éléments de l'histoire présentée doivent être suffisamment supportés par la preuve et être interconnectés par des inférences suffisamment solides pour ne justifier qu'une seule et même interprétation du comportement de l'accusé. Les auteurs réfèrent aux instructions données au jury quant aux éléments essentiels que le poursuivant doit avoir prouvé pour établir la culpabilité d'un accusé comme démonstration que le poursuivant a l'obligation de construire et de présenter une histoire structurellement complète :

¹⁷⁸ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 4-7.

¹⁷⁹ *Id.*, p. 7. À titre d'exemple, lorsqu'une personne en bouscule une autre sur le trottoir, la réaction de la personne bousculée ne sera pas la même si elle croit qu'il s'agit d'un accident ou d'un geste volontaire. En insérant l'action qu'est la bousculade dans son contexte plus large (les actions ayant précédé et suivi la bousculade), une personne est en mesure de lui conférer du sens et ainsi d'anticiper la suite des événements, d'adapter ses attentes ainsi que sa réaction.

¹⁸⁰ *Id.*, p. 4.

¹⁸¹ Le paragraphe qui suit est notre interprétation des propos des auteurs à *Id.*, p. 93-95.

« In order to convict the defendant of the crime of _____, the state must prove to you beyond a reasonable doubt that :

- (Actor) The said defendant _____
- (Scene) did on the charged date/time/place/occasion, etc.
- (Purpose) willfully/knowingly/with intent to do bodily harm, etc.
- (Agency) use force/cause the victim fear of bodily harm/offer for sale/use a false identification, etc.
- (Act) to take the property of/to cause the death of/to deceive, etc. »¹⁸²

Si la défense décide de remettre en question les faits de la cause¹⁸³, les chercheurs ont relevé essentiellement trois stratégies possibles : la présentation d'une histoire alternative¹⁸⁴, la démonstration de lacunes dans la preuve au soutien de l'histoire du poursuivant faisant en sorte que même en retenant la preuve présentée, cette histoire n'est pas la seule possible (*challenge strategy*), ou la proposition d'une interprétation alternative de la preuve du poursuivant menant à une tout autre histoire (*redefinition strategy*)¹⁸⁵.

2.3.2 Le *Story Model* comme modèle de processus décisionnel

Au fur et à mesure du procès sont donc construits divers scénarios par les participants au procès. La similarité structurelle des histoires a l'avantage de permettre de les comparer de façon systématique, peu importe leur contenu, et de relever leurs différences respectives¹⁸⁶. À cette étape se pose la question du processus de sélection de l'histoire qui sera tenue pour vraie par le *juge des faits*.

Il est amplement démontré par les études empiriques que l'être humain n'a généralement pas la capacité d'évaluer si une personne ment ou dit la vérité, avec un taux

¹⁸² *Id.*, p. 95.

¹⁸³ Il est toujours possible que la défense soulève plutôt une question de droit (ex. violation d'un droit constitutionnel). Voir *Id.*, p. 107.

¹⁸⁴ Considérant le droit au silence lors des procès dans les systèmes judiciaires de common law, la défense n'a jamais l'obligation de présenter sa propre histoire. Voir *Id.*, p. 94.

¹⁸⁵ *Id.*, p. 94, 98. Pour des explications et illustrations, voir les pages 98 et suivantes.

¹⁸⁶ *Id.*, p. 10.

d'exactitude moyen d'environ 55 %, toutes données confondues¹⁸⁷. Les histoires en elles-mêmes n'ont pas non plus de caractéristiques intrinsèques leur permettant d'être reconnues comme vraies ou fictives¹⁸⁸. Tout peut être mis sous forme narrative; cette dernière est indifférente à la véracité de son contenu :

« A [...] feature of narrative is that it can be "real" or "imaginary" without loss of its power as a story. That is to say, the *sense* and the *reference* of story bear an anomalous relationship to each other. The story's indifference to extralinguistic reality underlines the fact that it has a structure that is internal to discourse. In other words, the sequence of its sentences, rather than the truth or falsity of any of those sentences, is what determines its overall configuration or plot. It is this unique sequentiality that is indispensable to a story's significance and to the mode of mental organization in terms of which it is grasped. »¹⁸⁹

Cela explique que les chercheurs Bennett et Feldman n'ont trouvé aucune association statistique entre le jugement d'une audience sur la véracité d'une histoire et sa véracité¹⁹⁰. Peu importe son caractère vrai, une histoire est retenue comme plus susceptible d'être vraie (*vraisemblable*) lorsqu'elle est plausible. C'est donc la notion de plausibilité qu'il importe de définir pour identifier à quel moment une histoire revêt les attributs de la vraisemblance. Bennett et Feldman ont démontré qu'une histoire est considérée plausible lorsqu'elle est dénuée d'ambiguïté structurelle, c'est-à-dire qu'elle présente une cohérence interne et

¹⁸⁷ Peu importe leur estimation de leur propre compétence à départager le vrai du faux, les êtres humains n'ont pas la capacité d'identifier dans l'abstrait lorsque quelqu'un dit vrai ou pas, avec un taux de réussite d'une fois sur deux (55%). Voir Saul M. KASSIN, « Human Judges of Truth, Deception, and Credibility: Confident but Erroneous », (2002) 23-3 *Cardozo Law Rev.* 809, 810; cet auteur rapporte en ces termes une étude qui différencie cette capacité selon les corps de métiers : « [...] they found that college students had a 52.8 percent accuracy rate, which is pretty typical. Police detectives were only slightly higher, at 55.8 percent; CIA, FBI, and military polygraph examiners were at 55.7 percent, trial judges were at 56.7 percent, and psychiatrists were at 57.6 percent. U.S. Secret Service Agent won the prize, exhibiting a 64 percent accuracy rate, the highest of all groups. As in other research, then, performance was modest, to say the least. », *Id.*, 811; voir aussi Amy-May LEACH, « Detecting Deception », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 35 à la page 44; D. SIMON, préc., note 35, 177; R. P. FISHER et M. C. REARDON, préc., note 31 à la page 35; Aldert VRIJ, « Credibility Assessments in a Legal Context », dans David CARSON, Rebecca MILNE, Francis PAKES, Karen SHALEV et Andrea SHAWYER (dir.), *Applying psychology to criminal justice*, Chichester, John Wiley & Sons, 2007, p. 81 à la page 82.

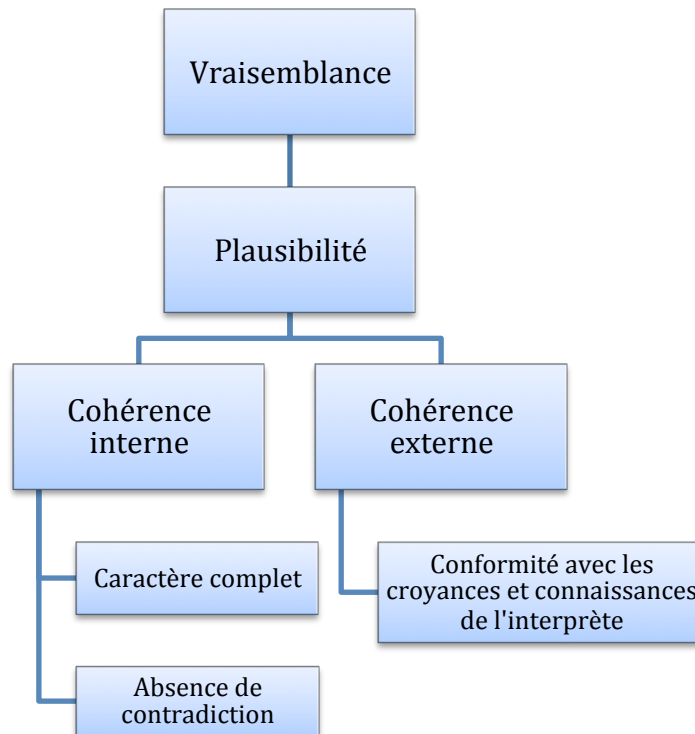
¹⁸⁸ Ralph GRUNEWALD, « The Narrative of Innocence, or, Lost Stories », (2013) 25-3 *Law Lit.* 366, 369; Lisa Kern GRIFFIN, « Narrative, Truth, and Trial », (2012) 101 *Georgetown Law J.* 281, 302; H. Porter ABBOTT, *The Cambridge Introduction to Narrative*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 149.

¹⁸⁹ Jerome BRUNER, *Acts of Meaning*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, p. 44 45.

¹⁹⁰ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 84.

externe¹⁹¹. Il est possible de résumer grossièrement les conclusions de Bennett et Feldman comme suit :

Figure 1. Critères de vraisemblance d'une histoire suivant Bennett et Feldman



Une histoire est jugée avoir une **cohérence externe** lorsqu'elle est conforme aux normes, expériences, connaissances et croyances personnelles et sociales de son interprète. Bennett et Feldman réfèrent à la notion de « *knowledge about the world* »¹⁹². Celle-ci est aujourd'hui englobée par le concept mieux défini et plus évocateur de « représentation sociale » auquel nous préférons référer dans le présent texte :

« Les représentations sociales constituent une modalité particulière de la connaissance, généralement qualifiée de « connaissance de sens commun », dont la spécificité réside

¹⁹¹ La division entre la cohérence interne et externe de l'histoire est empruntée à Bernard S. JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988, p. 58.

¹⁹² W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 175; quant aux chercheurs Pennington et Hastie (dont les travaux seront discutés dans quelques pages), ils parlent de « *world knowledge* ». Voir Nancy PENNINGTON et Reid HASTIE, « A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model », (1991) 13 *Cardozo Law Rev.* 519, 525.

dans le caractère social des processus qui les produisent. Elles recouvrent donc l'ensemble des croyances, des connaissances et des opinions qui sont *produites* et *partagées* par les individus d'un même groupe, à l'égard d'un objet social donné. »¹⁹³

Pour être jugée plausible, une histoire doit donc être conforme aux représentations sociales de l'interprète. La plausibilité d'une histoire varie ainsi inévitablement selon son interprète.

La **cohérence interne** de l'histoire est relative à l'absence de contradictions internes et à son caractère complet¹⁹⁴. Une histoire est complète lorsque toutes les connexions nécessaires pour expliquer les différents éléments de l'histoire avancée sont présentes. Par ailleurs, elle est exempte de contradictions lorsque ces éléments et les inférences qu'ils supposent entre eux ne se contredisent pas les uns et les autres. Les contradictions peuvent survenir entre les différentes significations pouvant être attribuées aux éléments de l'histoire ou entre les règles d'interprétation à la base des inférences que l'histoire suppose¹⁹⁵.

L'impossibilité pour un interprète de localiser parmi ses représentations sociales la signification attribuée à un des éléments essentiels de l'histoire ou une règle d'interprétation à la base d'une inférence essentielle peut l'empêcher de conclure au caractère complet ou à l'absence de contradiction dans une histoire donnée¹⁹⁶. Cela survient lorsque les règles d'interprétations ou les significations qu'implique l'histoire ne font pas partie des représentations sociales partagées par l'interprète. Les représentations sociales de l'interprète ne servent donc pas uniquement à évaluer la cohérence externe d'une histoire et sont aussi mobilisées pour saisir la signification attribuée aux éléments de l'histoire et pour tirer les inférences nécessaires à l'appréciation de sa cohérence interne¹⁹⁷.

Ces constats découlant d'observations au tribunal réalisées par Bennett et Feldman étaient à quelques années près aussi formulés par les professeurs de psychologie Nancy Pennington et Reid Hastie. Ces derniers ont procédé à des études empiriques sur de faux jurés

¹⁹³ Christian GUIMELLI, *La pensée sociale*, coll. Que sais-je, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 63; Voir aussi Serge MOSCOVICI (dir.), *Psychologie sociale*, coll. PUF fondamentale, Paris, Presses Universitaires de France, 1984.

¹⁹⁴ Ces explications résultent de notre interprétation du chapitre 4 du livre de Bennett et Feldman. Voir W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 66 et suiv.

¹⁹⁵ *Id.*, p. 68.

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ *Id.*, p. 171; voir généralement N. PENNINGTON et R. HASTIE, préc., note 192.

visant à identifier les processus cognitifs impliqués dans la prise de décision dans les procès criminels américains. Les chercheurs sont arrivés à la conclusion que les jurés organisaient l'information obtenue sous forme d'histoires dès le début et tout au long du procès¹⁹⁸, d'où le choix de nommer leur modèle « *Story Model* ».

Pennington et Hastie ont eu recours à des termes différents pour décrire la même réalité que celle observée par Bennett et Feldman. Ils ajoutent toutefois à la notion de plausibilité celle de **couverture**¹⁹⁹: en plus d'être plausible en elle-même, l'histoire devra être la meilleure explication de la preuve présentée dans le cadre du procès²⁰⁰. Bennett et Feldman avaient d'ores et déjà relevé que les histoires étaient construites à partir de la preuve et que celle-ci entraînait une contrainte sur les histoires possibles pouvant émerger²⁰¹, mais en intégrant cet élément à leur modèle, Pennington et Hastie en révèlent son caractère central.

Pennington et Hastie précisent aussi que si plusieurs histoires sont vraisemblables parce qu'elles sont plausibles et présentent une bonne couverture, la confiance du juré dans la vraisemblance de chacune d'elle diminuera forcément. Lorsque le juré est d'avis qu'il n'existe qu'une seule histoire vraisemblable (caractère **unique** de l'histoire vraisemblable), sa confiance dans son caractère vraisemblable augmente²⁰². Cela permet d'expliquer les stratégies des avocats de la défense relevées par Bennett et Feldman qui visent à multiplier les histoires possibles. Soit ils proposent des histoires alternatives (*challenge strategy*), soit ils démontrent que la preuve du poursuivant ne mène pas forcément à l'histoire plaidée par le poursuivant (*redefinition strategy*)²⁰³. Le modèle créé à partir des concepts de Bennett

¹⁹⁸ Reid HASTIE et Nancy PENNINGTON, « The story model for juror decision making », dans Reid HASTIE (dir.), *Inside the juror: The psychology of juror decision making*, New York, Cambridge University Press, 1993, p. 192 à la page 192 et 194; Nancy PENNINGTON et Reid HASTIE, « Evidence evaluation in complex decision making », (1986) 51-2 *J. Pers. Soc. Psychol.* 242-258, 252 et suivantes.

¹⁹⁹ Il s'agit de notre traduction du terme anglais « *coverage* ». Voir N. PENNINGTON et R. HASTIE, préc., note 192, 527; R. HASTIE et N. PENNINGTON, préc., note 198 à la page 194.

²⁰⁰ R. HASTIE et N. PENNINGTON, préc., note 198 à la page 194.

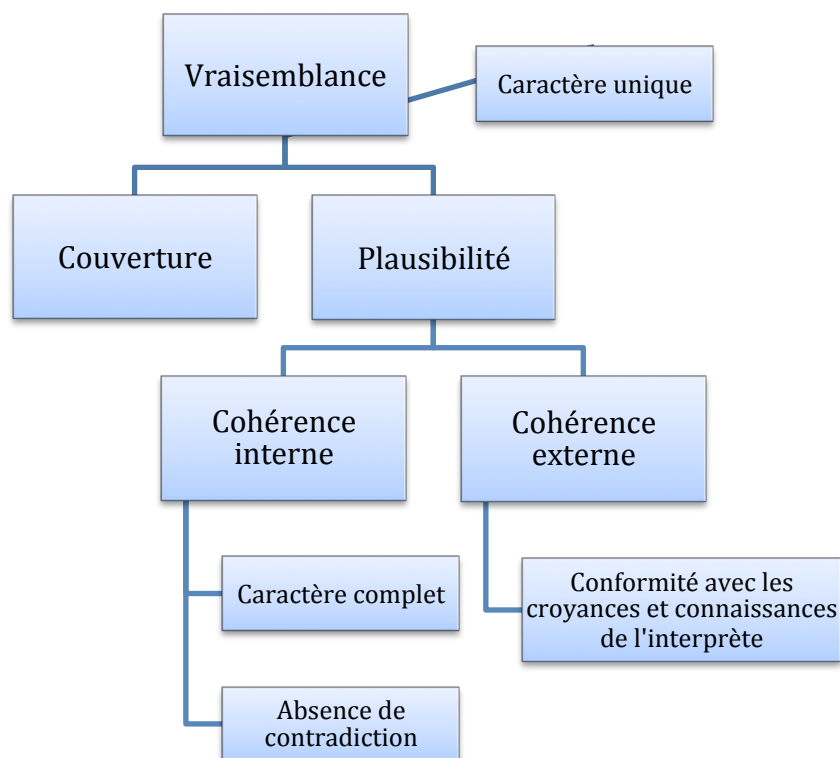
²⁰¹ J. D. JACKSON, préc., note 76, 320.

²⁰² Il s'agit de notre traduction du terme « *uniqueness* ». Voir N. PENNINGTON et R. HASTIE, préc., note 192, 528; R. HASTIE et N. PENNINGTON, préc., note 198 à la page 199.

²⁰³ Voir *supra*, p. 45.

Feldman et représenté à la figure 1 peut ainsi être précisé par l'apport de Pennington et Hastie. La mise en commun des découvertes de ces chercheurs est représentée à la figure suivante :

Figure 2. Synthèse des critères de vraisemblance d'une histoire suivant les études de Bennett et Feldman et Pennington et Hastie



Selon Pennington et Hastie, la reconstruction des faits au procès résulte ultimement en une ou plusieurs interprétations de la preuve sous forme narrative dont l'une sera préférée aux autres en raison de sa **couverture** — c'est-à-dire sa capacité à expliquer un maximum de la preuve présentée au procès²⁰⁴ — et sa **plausibilité**²⁰⁵, intrinsèquement liée à la personne du

²⁰⁴ N. PENNINGTON et R. HASTIE, préc., note 192, 528; R. HASTIE et N. PENNINGTON, préc., note 198 à la page 198.

²⁰⁵ Quoique nous conservons le terme « plausibilité » afin d'arrimer les découvertes de Pennington et Hastie à celles de Bennett et Feldman, il faut noter que dans leurs recherches, Pennington et Hastie utilisent le terme « *coherence* » pour cette notion. Il s'agit toutefois de l'équivalent fonctionnel de la plausibilité de l'histoire (*plausibility*) de Bennett et Feldman. L'auteur Floris Bex fait le même constat et utilise lui aussi la notion de plausibilité de Bennett et Feldman comme l'équivalent de la notion de cohérence de Pennington et Hastie. Voir Floris BEX, « Analysing Stories Using Schemes », dans Hendrik KAPTEIN, Henry PRAKKE et Bart VERHEIJ

juré²⁰⁶. La couverture et la plausibilité sont ainsi les deux éléments centraux qui permettent d'articuler le concept de vraisemblance.

Comme Bennett et Feldman, Pennington et Hastie concluent aussi que la plausibilité des histoires dépend de leur caractère complet, de l'absence de contradictions internes et de la conformité de l'histoire avec les représentations sociales de l'interprète²⁰⁷, notamment ses connaissances personnelles sur des événements qu'il estime comparables à ceux qu'il doit juger²⁰⁸. Ils relèvent aussi que l'absence de certains éléments de l'histoire ou d'inférences nécessaires à sa structure — selon les attentes personnelles de l'interprète sur ce que constitue une histoire complète²⁰⁹ — diminue la plausibilité d'une histoire, tout comme le fait pour l'interprète de ne pas partager les représentations sociales requises pour attribuer une signification particulière à ces éléments ou tirer les inférences requises²¹⁰. Par ailleurs, les chercheurs ajoutent que les attentes du juré quant au type d'information nécessaire pour que l'histoire soit structurellement complète l'amènent à inférer les éléments qu'il juge « manquants » à l'histoire retenue lorsqu'il y perçoit des lacunes²¹¹, soit sur suggestion d'un des procureurs, soit par lui-même²¹². Pennington et Hastie résument leur *Story Model* en ces termes :

« Meaning is assigned to trial evidence through the incorporation of that evidence into one or more plausible accounts or stories describing "what happened" during events testified to at the trial. General knowledge about the structure of human purposive action sequences and of stories, characterized as an episode schema, serves to organize events according to the causal and intentional relations among them as perceived by the juror. Specific world knowledge about events similar to those in dispute will determine which

(dir.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Burlington, Ashgate Publishing Company, 2009, p. 93 à la page 97.

²⁰⁶ R. HASTIE et N. PENNINGTON, préc., note 198 à la page 194.

²⁰⁷ Selon les termes utilisés par les chercheurs, ces critères sont respectivement « *completeness* », « *consistency* » et « *plausibility* ». Voir N. PENNINGTON et R. HASTIE, préc., note 192, 528; R. HASTIE et N. PENNINGTON, préc., note 198 à la page 199.

²⁰⁸ N. PENNINGTON et R. HASTIE, préc., note 192, 522.

²⁰⁹ *Id.*

²¹⁰ R. HASTIE et N. PENNINGTON, préc., note 198 à la page 199.

²¹¹ N. PENNINGTON et R. HASTIE, préc., note 198, 527.

²¹² R. HASTIE et N. PENNINGTON, préc., note 198 à la page 198.

particular interpretation is constructed or accepted. The level of acceptance will be determined by the coverage, coherence, and uniqueness of the "best" story. »²¹³

Le droit arrive à la toute fin du processus, après la sélection de l'histoire la plus vraisemblable. Le verdict choisi est celui dont les éléments requis par le droit se retrouvent dans cette histoire sélectionnée comme la meilleure explication de la preuve²¹⁴. Pennington et Hastie ont démontré que le verdict est *déterminé* par l'histoire sélectionnée par le juré²¹⁵. Ces découvertes confirment le constat de Bennett et Feldman suivant lequel rendre jugement implique deux étapes : construire une interprétation claire des actions de l'accusé au moment du fait reproché, puis déterminer comment cette interprétation remplit les critères juridiques requis par l'accusation²¹⁶. La mise en forme des événements sous forme narrative a la particularité de réduire la preuve controversée à une suite simple et mémorable de faits. Cette version simplifiée des faits est ensuite facilement catégorisée comme correspondant ou non aux dispositions juridiques invoquées dans le cas d'espèce²¹⁷, expliquant ainsi comment les jurés profanes réussissent à appliquer le droit dans un dossier particulier.

2.3.3 Les histoires comme outils d'organisation de la preuve

Le recours aux histoires permet de comprendre comment tout citoyen est en mesure de gérer l'importante masse d'informations constamment renouvelée au cours d'un procès²¹⁸. La forme narrative est transmise culturellement et maîtrisée par tous les êtres humains dès un très jeune âge²¹⁹. Considérant la présence des histoires dans presque tous les discours humains,

²¹³ *Id.* à la page 199.

²¹⁴ Reid HASTIE, « The Role of "Stories" in Civil Jury Judgments », (1999) 32-2 *Univ. Mich. J. Law Reform* 227, 229.

²¹⁵ R. HASTIE et N. PENNINGTON, préc., note 198 à la page 193; N. PENNINGTON et R. HASTIE, préc., note 198, 252 et suivantes; les jurés qui rendent différents verdicts ont construit différentes histoires. Voir R. HASTIE, préc., note 214, 231.

²¹⁶ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 8.

²¹⁷ *Id.*, p. 10.

²¹⁸ *Id.*, p. 8.

²¹⁹ J. BRUNER, préc., note 189, p. 74-83; James C. MANCUSO, « The Acquisition and Use of Narrative Grammar Structure », dans Theodore R. SARBIN (dir.), *Narrative Psychology: The Storied Nature of Human Conduct*, New York, Praeger, 1986, p. 91 aux pages 103-104; Brian SUTTON-SMITH, « Children's Fiction Making », dans Theodore R. SARBIN (dir.), *Narrative Psychology: The Storied Nature of Human Conduct*, New York, Praeger, 1986, p. 67.

certain théoriciens placent la faculté narrative au même titre que le langage comme trait distinctif de l'homme²²⁰. Le recours aux histoires est ainsi la façon la plus fondamentale et la plus largement utilisée que l'être humain a d'organiser l'expérience et de lui accorder une signification :

« The narrative is a way of organizing episodes, actions, and accounts of actions; it is an achievement that brings together mundane facts and fantastic creations; time and place are incorporated. The narrative allows for the inclusion of actors' reasons for their acts, as well as the causes of happening. »²²¹

Pour que le participant au procès puisse procéder à l'organisation des informations transmises au procès, il doit d'abord pouvoir identifier l'action centrale afin de pouvoir tirer les inférences requises sur la relation entre cette action centrale et les éléments de preuve de sorte à leur conférer un sens lors de leur présentation²²². Cela explique que la probabilité

²²⁰ H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 1; Stasia Mitchell WILLIAMS, *Narrative Rationality in Jury Decision-Making*, Thèse de doctorat, Iowa City, University of Iowa, 1997, p.47, en ligne : <<http://search.proquest.com/ncjrs/docview/304343092/fulltextPDF/6E17F6824E3A44F4PQ/11?accountid=12543>> (consulté le 1 mai 2016); Hayden White parle de la forme narrative comme d'un méta-code humain universel sur la base duquel une réalité peut être partagée. Voir Hayden V. WHITE, *The Content of the Form: Narrative Discourse and Historical Representation*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1987, p. 1; certains arguent que le récit est la forme de construction de notre identité, permettant de concevoir et d'expliquer qui nous sommes et justifier nos actions passées. Voir Jerome S. BRUNER, *Making Stories: Law, Literature, Life*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, p. 63 et suivantes; Anthony Paul KERBY, *Narrative and the Self*, coll. Studies in Continental Thought, Bloomington, Indiana University Press, 1991; Donald E. POLKINGHORNE, *Narrative Knowing and the Human Sciences*, coll. SUNY Series in Philosophy of the Social Sciences, Albany, State University of New York Press, 1988; Theodore R. SARBIN (dir.), *Narrative Psychology: The Storied Nature of Human Conduct*, New York, Praeger, 1986.

²²¹ Theodore R. SARBIN, « The Narrative as a Root Metaphor for Psychology », dans Theodore R. SARBIN (dir.), *Narrative Psychology: The Storied Nature of Human Conduct*, New York, Praeger, 1986, p. 3 à la page 9; voir aussi J. B. WHITE, préc., note 149, p. 169; John A. ROBINSON et Linda HAWPE, « Narrative Thinking as a Heuristic Process », dans Theodore R. SARBIN (dir.), *Narrative Psychology: The Storied Nature of Human Conduct*, New York, Praeger, 1986, p. 111 à la page 111; les humains réfléchissent, perçoivent, imaginent et font des choix moraux suivant une structure narrative. Voir T. R. SARBIN, préc., à la page 8; voir aussi Jerome BRUNER, « The Narrative Construction of Reality », (1991) 18-1 *Crit. Inq.* 1, 9; pour des références à des auteurs de différentes disciplines traitant de la centralité de la structure narrative comme outil cognitif créateur de sens, voir G. BINDER et R. WEISBERG, préc., note 152, p. 233; L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 287; David B. PILLEMER, « Remembering personal circumstances: A functional analysis », dans Eugene WINOGRAD et Ulric NEISSER (dir.), *Affect and Accuracy in Recall: Studies of "Flashbulb" Memories*, New York, Cambridge University Press, 1992, p. 236; A. P. KERBY, préc., note 220, p. 43; pour une revue des études sur l'apport théorique particulier du recours aux histoires comme un outil cognitif, voir S. M. WILLIAMS, préc., note 220, p. 40 et suiv.

²²² W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 41.

d'obtenir un verdict compatible avec une histoire est augmentée quand celle-ci est anticipée dans la déclaration d'ouverture²²³. Une fois qu'elle a été présentée dans ses grandes lignes, l'histoire se transforme en outil structurel permettant à l'interprète d'organiser la preuve au fur et à mesure de sa présentation d'une façon cohérente avec l'action centrale de l'histoire proposée. L'interprète est aussi en mesure de mieux retenir la preuve qui soutient cette histoire, puisque l'expérience schématisée sous forme narrative est plus efficacement mémorisée²²⁴. Qui plus est, une histoire qui paraît plausible dès la déclaration d'ouverture influence à la hausse la crédibilité de la preuve à son soutien lors de sa présentation. Il existe une tendance humaine largement documentée à rechercher, retenir et interpréter une information d'une façon qui confirme une croyance préexistante :

« Numerous studies have repeatedly shown this confirmation bias and have found that people seek information in ways that increase their confidence in prior beliefs or hypotheses and disfavor choices that would disprove their hypotheses. [...] Empirical research also demonstrates that people not only seek confirming information but also tend to recall information in a biased manner. [...] In addition to seeking and recalling confirming information, people also tend to give greater weight to information that supports existing beliefs than to information that runs counter to them; that is to say people tend to interpret data in ways that support their prior beliefs. »²²⁵

Dans leurs recherches, Pennington et Hastie ont particulièrement relevé cette tendance à ce qu'un élément de preuve soit davantage mémorisé s'il supporte l'histoire qui, selon le *juge des faits*, est déjà considérée comme la plus plausible au moment de sa présentation²²⁶. Lempert ajoute qu'une fois qu'une histoire semble plausible au *juge des faits*, une attention

²²³ R. HASTIE, préc., note 214, 232.

²²⁴ N. PENNINGTON et R. HASTIE, préc., note 198, 252; les faits qui ne sont pas structurés sous forme narrative sont plus facilement oubliés : J. BRUNER, préc., note 189, p. 56; sur la mise en forme narrative des souvenirs, voir aussi Samantha HARDY, « Narrative Theory, Psychology and Law », (2000) 15 *Aust. J. Law Soc.* 194; D. B. PILLEMER, préc., note 221.

²²⁵ K. A. FINDLEY, préc., note 38 aux pages 307-308; voir aussi Robert GLASER, « Education and Thinking: The Role of Knowledge », (1984) 39-2 *Am. Psychol.* 93, 100: « People typically try to integrate new information with prior knowledge, and in many situations in which they cope with new information, much is left out so that they could never understand the situation without filling it in by means of prior knowledge. ».

²²⁶ R. HASTIE et N. PENNINGTON, préc., note 198 à la page 210.

particulière est accordée à la présentation de la preuve à son soutien puisque cette preuve est par ailleurs attendue²²⁷.

Tout au long du procès, la preuve gagne ainsi en cohérence au fur et à mesure qu'elle s'insère dans une histoire en précisant le déroulement, les éléments temporels, les personnes impliquées, leurs motivations, etc.²²⁸ Chaque nouvel élément de preuve présenté mène à une réinterprétation complète des éléments retenus comme pertinents et des inférences tirées jusqu'à ce moment, et donc du contexte interprétatif permettant de conférer un sens à l'action principale au cœur du litige²²⁹. La cohérence est générée au fur et à mesure du traitement de la preuve : l'émergence d'une conclusion plus vraisemblable remodèle l'interprétation des faits présentés jusqu'à ce moment d'une manière plus cohérente avec cette conclusion, augmentant de ce fait sa vraisemblance²³⁰. Un bon avocat est donc celui qui a la capacité de présenter sa preuve dans l'ordre et de la manière à ce que le contexte soit suffisamment établi au moment de sa présentation pour qu'elle soit compréhensible, mais aussi pour qu'elle s'inscrive assez aisément dans l'histoire qu'il vise à démontrer pour être retenue et appuyer ainsi efficacement l'histoire. L'importance de l'ordre de la présentation de la preuve et le recours aux histoires comme outil de gestion de la preuve sont confirmés par la démonstration que si une seule des deux histoires est présentée selon son ordre chronologique²³¹, cette histoire sera généralement retenue comme la plus vraisemblable²³².

²²⁷ Richard LEMPET, « Telling Tales in Court: Trial Procedure and the Story Model », (1991) 13 *Cardozo Law Rev.* 559, 565.

²²⁸ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 8.

²²⁹ Bennett et Feldman réfèrent à un processus de « triangulation symbolique » par lequel certains éléments et leur charge symbolique sont placés en proximité structurelle, leurs relations mutuelles sont établies à la lumière de l'action centrale et ces relations nouvelles clarifient à leur tour la signification générale de l'action centrale. Il s'agit d'un processus de réinterprétation d'une masse d'informations au fur et à mesure que de nouveaux éléments sont ajoutés. Voir *Id.*, p. 49.

²³⁰ D. SIMON, préc., note 35, 196. Pour sa part, Simon réfère aux modèles de raisonnements basés sur la cohérence (*coherence-based reasoning*).

²³¹ C'est-à-dire dans l'ordre d'occurrence des faits. Voir la définition de « *chronological order* » dans Gerald PRINCE, *A Dictionary of Narratology*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2003, p. 13.

²³² Lorsque c'est l'histoire de la défense qui est présentée selon son déroulement chronologique, 31% des jurés trouvent l'accusé coupable, alors que lorsque c'est l'histoire du poursuivant, 78% des jurés trouvent l'accusé coupable. Voir R. HASTIE, préc., note 214, 232; R. HASTIE et N. PENNINGTON, préc., note 198 à la page 211; pour les incidences de ce constat sur la pratique du plaideur, voir R. LEMPET, préc., note 227; pour des études

Bennett, Feldman, Pennington et Hastie ont ainsi démontré de façon convaincante que les histoires remplissaient plusieurs fonctions dans les procès²³³. Pour les avocats, c'est un outil de sélection et de présentation de la preuve, un processus qui sera expliqué au chapitre 3. Pour le *juge des faits*, c'est tout autant un cadre de référence lui permettant d'organiser la preuve qu'un outil d'interprétation et de rationalisation de la preuve lui permettant de l'évaluer, la comparer, puis, ultimement, d'y appliquer le droit. La validité empirique du *Story Model* de Pennington et Hastie a été confirmée encore récemment²³⁴ et ce modèle a depuis été étendu aux procès civils²³⁵. Bennett et Feldman et Pennington et Hastie sont encore 30 ans plus tard les références clés pour discuter du processus de détermination des faits dans les procès de tradition de common law, des juristes et des chercheurs interdisciplinaires ayant généré tout un corpus de littérature sur la base de ces études²³⁶.

confirmant que la présentation de la preuve influence la capacité des jurés à construire des histoires, voir Jenny MCEWAN, « Fact Finding and Evidence », dans David CARSON, Rebecca MILNE, Francis PAKES, Karen SHALEV et Andrea SHAWYER (dir.), *Applying psychology to criminal justice*, Chichester, John Wiley & Sons, 2007, p. 97 à la page 102.

²³³ Pour une revue de la recherche sur le processus décisionnel des jurés, voir S. M. WILLIAMS, préc., note 220.

²³⁴ Voir J. S. NEUSCHATZ, N. JONES, S. A. WETMORE et J. MCCLUNG, préc., note 34 à la page 222; J. MCEWAN, préc., note 232 à la page 102; Shari Seidman DIAMOND, Mary R. ROSE et Beth MURPHY, « Revisiting the Unanimity Requirement: the Behavior of the Non-Unanimous Civil Jury », (2006) 100-1 *Northwest. Univ. Law Rev.* 201, 212; S. M. WILLIAMS, préc., note 220, p. 159 et suiv.

²³⁵ S. S. DIAMOND, M. R. ROSE et B. MURPHY, préc., note 234; R. HASTIE, préc., note 214.

²³⁶ Michael S. PARDO, « The Nature and Purpose of Evidence Theory », (2013) 66-2 *Vanderbilt Law Rev.* 547, 552: « *The well-confirmed model of jury behavior-the Story Model-posites that legal fact finders assimilate evidence into competing narratives of the events and select the most plausible or satisfying of the available accounts.* »; Lisa Kern GRIFFIN, « Narrative, Truth, and Trial », (2012) 101 *Georgetown Law J.* 281, 281 « *The story model of adjudication according to which jurors process testimony by organizing it into competing narratives-has gained wide acceptance in the descriptive work of social scientists and currency in the courtroom, but it has received little close attention from legal theorists* »; Dan SIMON, « The Limited Diagnosticity of Criminal Trials », (2011) 64 *Vanderbilt Law Rev.* 143, 186: « *A series of studies by Nancy Pennington and Reid Hastie shows that jurors naturally fit trial information into story-like formats.* »; Floris BEX, « Analysing Stories Using Schemes », dans Hendrik KAPTEIN, Henry PRAKKEN et Bart VERHEIJ (dir.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Burlington, Ashgate Publishing Company, 2009, p. 93 à la page 98: « *From Bennet and Feldman's as well as Pennington and Hastie's tests it follows that stories play an important part in reasoning with evidence, in that they help people organize the evidence and make sense of a case.* »; Michael S. PARDO et Ronald J. ALLEN, « Juridical Proof and the Best Explanation », (2008) 27-3 *Law Philos.* 223, 225: « *Empirical studies of jury behavior, by contrast, have focused on explanatory-based reasoning, and they have concluded that jurors do indeed rely primarily on explanatory criteria in deciding cases.* »; Daniel GIVELBER et Amy FARRELL, « Judges and Juries: The Defense Case and Differences in Acquittal Rates », (2008) 33 *Law Soc. Inq.* 31, 35: « *There is a very considerable body of literature suggesting that decision makers resolve factual questions by*

creating a coherent narrative into which they can place the evidence that they have heard. »; Eleanor SWIFT, « Narrative Theory, FRE 803(3), and Criminal Defendants' Post-Crime State of Mind Hearsay », (2008) 38-3 *Seton Hall Law Rev.* 975, 980: « *There is considerable agreement that jury members construct facts and make determinations of "what happened" by evaluating evidence within the framework of a story, or narrative account, of the events central to the charged crime.* »; Craig R. CALLEN, « Cognitive Strategies and Models of Fact-Finding », dans John JACKSON, Máximo LANGER et Peter TILLERS (dir.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 165 à la page 169: « *Triers use the stories to reach a verdict.* »; John H. BLUME, Sheri Lynn JOHNSON et Emily C. PAAVOLA, « Every Juror Wants a Story : Narrative Relevance, Third Party Guilt and the Right to Present a Defense », (2007) 44 *Am. Crim. Law Rev.* 1069, 1088: « *It is now widely accepted, and empirical research demonstrates, that narrative plays an important role throughout the entire trial process.* »; Shari Seidman DIAMOND, Mary R. ROSE et Beth MURPHY, « Revisiting the Unanimity Requirement: the Behavior of the Non-Unanimous Civil Jury », (2006) 100-1 *Northwest. Univ. Law Rev.* 201, 212: « *Consistent with the widely accepted "story model," the jurors attempted to construct plausible accounts of the events that led to the plaintiffs suit.* »; Peter BROOKS, « Narrative Transactions - Does the Law Need a Narratology », (2006) 18 *Yale J. Law Humanit.* 1, 2: « *[...] juries often decide verdicts on the basis of the more persuasive story presented at trial.* »; Terence ANDERSON, David A. SCHUM et William L. TWINING, *Analysis of Evidence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 280: « *Simply put, the widely accepted thesis is that human beings need stories in order to make certain kind of decision, and, more generally, to make sense of the world.* »; Jane E. LARSON, « A Good Story and the Real Story », (2000) 34 *John Marshall Law Rev.* 181, 182: « *Yet social scientists tell us that stories are psychologically necessary for jury decisionmaking, the very instrument of legal fact-finding [...]* »; Robert A. FERGUSON, « Untold Stories in the Law », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 84 à la page 84: « *[...] trials always function through a framework of storytelling.* »; John D. JACKSON, « Analysing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence », (1996) 16 *Oxf. J. Leg. Stud.* 309, 318: « *[...] evidence scholars are increasingly recognizing the importance of stories in the light of the empirical evidence of cognitive scientists.* »; David A. SCHUM, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, coll. Wiley series in systems engineering, New York, JWiley, 1994, p. 195: « *[...] jurors in turn appear to tell stories to themselves regarding the evidence they have heard and seen [...]* »; Peter TILLERS et David SCHUM, « A Theory of Preliminary Fact Investigation », (1990) 24 *UC Davis Law Rev.* 931, 958: « *Moreover, there is strong empirical evidence that stories are both a common natural information processing technique and an effective technique for storing and recalling large amounts of information.* »; Kim Lane SCHEPPELE, « Foreword : Telling Stories », (1989) 87-8 *Mich. Law Rev.* 2073, 2080: « *The resolution of any individual case in the law relies heavily on a court's adoption of a particular story, one that makes sense, is true to what the listeners know about the world, and hangs together.* »; Ralph GRUNEWALD, « The Narrative of Innocence, or, Lost Stories », (2013) 25-3 *Law Lit.* 366; Ronald J. ALLEN et Alex STEIN, « Evidence, Probability, and the Burden of Proof », (2013) 55 *Ariz. Law Rev.* 557; Kenworthy BILZ, « We Don't Want to Hear It: Psychology, Literature and the Narrative Model of Judging », (2010) 2010 *Univ. Ill. Law Rev.* 429; William TWINING, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2006; Michael S. PARDO, « The Field of Evidence and the Field of Knowledge », (2005) 24-4 *Law Philos.* 321-392; John B. MITCHELL, « Evaluating Brady Error Using Narrative Theory: A Proposal for Reform », (2004) 53 *Drake Law Rev.* 599; *Id.*, 612; Josephine ROSS, « "He Looks Guilty": Reforming Good Character Evidence to Undercut the Presumption of Guilt », (2004) 65-2 *Univ. Pittsburgh Law Rev.* 227, 255; Dan SIMON, « A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making », (2004) 71-2 *Univ. Chic. Law Rev.* 511, 563; Ronald J. ALLEN et Craig R. CALLEN, « The Juridical Management of Factual Uncertainty », (2003) 7

Ces découvertes ont favorisé l'émergence d'une nouvelle conception du processus décisionnel judiciaire, passant ainsi de l'analyse de la véracité de chacune des preuves présentées au choix plus général de l'histoire que cet élément soutient et qui correspond le mieux à une conception du monde donnée²³⁷. Puisque chacun des éléments d'une histoire interagit avec les autres de façon à altérer leur signification individuelle et à ce qu'en émerge un sens commun global, les faits mis en preuve au procès ne sont plus considérés de façon atomiste. La notion d'histoire reconnaît que chaque nouvelle information présentée colore celle déjà présentée et celle qui suivra²³⁸. En plus de permettre une conception holistique de la preuve présentée à un procès, le concept d'histoire a l'avantage — par rapport à celui de preuve — de permettre de sortir du cadre restreint du procès et d'appréhender le traitement des faits avant le procès, durant le délibéré, dans le jugement et même au cours du processus d'appel. Au lieu de gérer des preuves, le juriste peut désormais travailler avec des histoires.

Int. J. Evid. Proof 1; Ronald J. ALLEN et Brian LEITER, « Naturalized Epistemology and the Law of Evidence », (2001) 87-8 *Va. Law Rev.* 1491; Anthony G. AMSTERDAM et Jerome S. BRUNER, *Minding the Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, p. 110 et suivantes; Robert P. BURNS, *A Theory of the Trial*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 141 et suivantes; Stasia Mitchell WILLIAMS, *Narrative Rationality in Jury Decision-Making*, Thèse de doctorat, Iowa City, University of Iowa, 1997, en ligne : <<http://search.proquest.com/ncjrs/docview/304343092/fulltextPDF/6E17F6824E3A44F4PQ/11?accountid=12543>> (consulté le 1 mai 2016); Mirjan R. DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven, Yale University Press, 1997, p. 35; Ronald J. ALLEN, « Factual Ambiguity and a Theory of Evidence », (1994) 88 *Northwest. Univ. Law Rev.* 604; Richard K. SHERWIN, « The Narrative Construction of Legal Reality », (1994) 18 *Vt. Law Rev.* 681; Richard K. SHERWIN, « Law Frames: Historical Truth and Narrative Necessity in a Criminal Case », (1994) 47 *Stanford Law Rev.* 39; Willem Albert WAGENAAR, Peter J. VAN KOPPEN et Hens F. M. CROMBAG, *Anchored Narratives: the Psychology of Criminal Evidence*, New York, St. Martin's Press, 1993; Daniel A. FARBER et Suzanna SHERRY, « Telling Stories out of School: An Essay on Legal Narratives », (1992) 45 *Stanford Law Rev.* 807; Ronald J. ALLEN, « The Nature of Juridicial Proof », (1991) 13 *Cardozo Law Rev.* 373; Richard LEMPET, « Telling Tales in Court: Trial Procedure and the Story Model », (1991) 13 *Cardozo Law Rev.* 559; Monica G.W. DEN BOER, « A Linguistic Analysis of Narrative Coherence in the Court-Room », dans Patrick NERHOT (dir.), *Law, Interpretation and Reality: Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 346; Pour une critique du modèle développé par Bennett et Feldman, voir Bernard S. JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988, p. 61 et suivantes; Gary GOODPASTER, « On the Theory of American Adversary Criminal Trial », (1987) 78-1 *J. Crim. Law Criminol.* 118.

²³⁷ Voir Peter BROOKS, « Narrativity of the Law », (2002) 14 *Law Lit.* 1, 1; J. E. LARSON, préc., note 156, 184; Kim Lane SCHEPPELE, « Foreword : Telling Stories », (1989) 87-8 *Mich. Law Rev.* 2073, 2080.

²³⁸ L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 286.

3. La théorie narrative du procès

*To conceive of the law as a rhetorical and social system, a way in which we use an inherited language to talk to each other and to maintain a community, suggests in a new way that the heart of the law is what we always knew it was: the open hearing in which one point of view, one construction of language and reality, is tested against another.*²³⁹

Les découvertes empiriques ont généré un intérêt pour les nouvelles perspectives sur le procès qu'elles offrent par le recours à la notion d'« histoire »²⁴⁰, et ce, tout particulièrement au sein du mouvement Droit et Littérature²⁴¹. Né dans les années 1970, ce mouvement avait pour moteur initial d'insuffler de la sensibilité littéraire à l'analyse du droit²⁴². Les tenants de ce mouvement interdisciplinaire conçoivent la littérature comme un outil permettant de mieux

²³⁹ James Boyd WHITE, *When Words Lose their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*, Chicago, University of Chicago Press, 1984, p. 273.

²⁴⁰ Les termes « récit » et « histoire » sont utilisés de manière synonyme dans le présent mémoire, comme leur équivalent anglais « *narrative* » et « *story* » sont utilisés de façon interchangeable dans la majorité des écrits sur la théorie narrative. Pour les distinctions et définitions de ces termes en narratologie, voir G. PRINCE, préc., note 231; en narratologie, le terme le plus approprié pour la traduction de « *narrative* » est « récit » puisque l'un et l'autre de ces termes impliquent que l'« histoire » (« *story* ») est transmise sous forme de « discours narratif » (« *narrative discourse* »). Voir H. P. ABBOTT, préc., note 188; Françoise REVAZ, *Introduction à la narratologie : Action et narration*, coll. Champs linguistiques, Bruxelles, De Boeck, 2009; Sylvie PATRON, « Sur l'épistémologie de la théorie narrative », (2006) 635-636-1 *Temps Mod.* 262; Roland BARTHES, « Introduction à l'analyse structurale des récits », (1966) 8-1 *Communications* 1, 18; H. Porter ABBOTT, *The Cambridge Introduction to Narrative*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 193. Puisqu'aucune histoire racontée ou retenue dans un procès n'existe à proprement parler en dehors de tout discours narratif, la distinction narratologique entre « récit » et « histoire » se révèle superflu aux fins du présent mémoire.

²⁴¹ Pour quelques ouvrages clés de ce mouvement, voir Richard A POSNER, *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 2009; G. BINDER et R. WEISBERG, préc., note 152; Michael D. A. FREEMAN et A. D. E. LEWIS (dir.), *Law and Literature*, Oxford, Oxford University Press, 1999; Lenora LEDWON (dir.), *Law and Literature: Text and Theory*, New York, Garland Publishing, 1996; Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996; H. V. WHITE, préc., note 220; J. B. WHITE, préc., note 149; plus récemment, un auteur canadien s'est penché sur les liens entre la littérature et le droit. Voir Jeffrey MILLER, *The Structures of Law and Literature: Duty, Justice, and Evil in the Cultural Imagination*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2013.

²⁴² Ce mouvement s'inscrivait ainsi en opposition à l'utilitarisme du mouvement Droit et Économie en plein essor à cette époque. Voir G. BINDER et R. WEISBERG, préc., note 152, p. 3.

saisir l'impact des perspectives personnelles sur la capacité humaine à comprendre et à communiquer ainsi que l'influence de la situation et de l'expérience dans la perception et l'attribution de sens à l'action humaine²⁴³. Le fait de s'attarder aux récits dans le droit permet ainsi de comprendre comment le sens est créé dans le contexte juridique²⁴⁴.

Quoiqu'il soit hors de notre projet de fournir une définition complète du mouvement Droit et Littérature²⁴⁵, il est possible d'affirmer qu'il se divise au minimum en deux grandes familles entre l'analyse du droit *dans* la littérature et celle du droit *comme* littérature²⁴⁶. Cette dernière analogie se divise elle-même en plusieurs branches. En considérant le droit comme une forme de littérature, certains auteurs ont mobilisé les outils d'analyse littéraire afin d'analyser les sources normatives comme les jugements ou les lois²⁴⁷. À plus grande échelle, il est même possible de concevoir l'évolution du droit dans la jurisprudence sur une longue période de temps comme une histoire qui s'écrit, une thèse popularisée par le théoricien Ronald Dworkin²⁴⁸. Plus controversé a été le recours aux histoires, vécues ou fictives, dans les

²⁴³ Martha MINOW, « Stories in Law », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 24 à la page 25.

²⁴⁴ J. B. BARON et J. EPSTEIN, préc., note 146, 149.

²⁴⁵ Nous faisons nôtres les propos suivants de Lenora Ledwon : « "*Law and literature*" is more a group of heterogeneous movements than one all encompassing, monolithic movement. People who do work in law and literature may focus on analyzing law as literature, law in literature, legal storytelling, or a variety of other areas. Roughly speaking, however, a common thread woven throughout law and literature studies is an interest in the interpretation and/or creation of narrative, or, in other words, an interest in story. », Lenora LEDWON, « The Poetics of Evidence: Some Applications from Law & Literature », (2003) 21 *Quinnipiac Law Rev.* 1145, 1146.

²⁴⁶ Paul GEWIRTZ, « Narrative and Rhetoric in the Law », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 2 à la page 2; L. LEDWON (dir.), préc., note 241, p. ix.

²⁴⁷ Voir G. BINDER et R. WEISBERG, préc., note 152, p. 3; Anthony G. AMSTERDAM et Jerome S. BRUNER, *Minding the Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, p. 143 et suiv.; voir à titre d'exemple Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003; Twining fait un rapprochement entre le *ratio decidendi* d'une décision judiciaire et la morale d'une parabole dans William TWINING, « The Ratio Decidendi of the Parable of the Prodigal Son », dans *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 397; pour des références sur l'interprétation littéraire des sources de droit et une analyse littéraire des règles de preuve fédérales américaines, consulter L. LEDWON, préc., note 245, 1158 et suivantes.

²⁴⁸ Ronald DWORKIN, *A Matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 159: « *Each judge is then like a novelist in the chain.* »; voir aussi A. G. AMSTERDAM et J. S. BRUNER, préc., note 247, p. 141; G. BINDER et R. WEISBERG, préc., note 152, p. 169; J. BRUNER, préc., note 189, p. 97.

revues de droit à la place des articles académiques de forme traditionnelle²⁴⁹. Le déroulement d'un procès peut aussi être conçu comme une histoire, racontée par les transcriptions, qui s'inscrit dans une signification culturelle plus large²⁵⁰. Finalement, certains auteurs du mouvement se sont particulièrement intéressés à la conceptualisation du procès comme d'une arène où certains participants racontent et d'autres écoutent activement, processus communicatif dans lequel la forme et le contenu des histoires racontées ainsi que les prédispositions du destinataire affectent leur sens et leur signification²⁵¹. Les tenants de cette dernière approche se basent sur les études empiriques rapportées au chapitre précédent et conçoivent le procès contradictoire comme un concours entre deux histoires (« *adversarial storytelling* »²⁵² ou « *narrative arena* »²⁵³) et étudient le même objet tout en qualifiant leur

²⁴⁹ Amy VORENBERG, « Essay: The Moral of the Story - The Power of Narrative to Inspire and Sustain Scholarship », (2011) 8 *Leg. Commun. Rhetor. JAWLD* 257, 262; G. BINDER et R. WEISBERG, préc., note 152, p. 201; Daniel A. FARBER et Suzanna SHERRY, « Legal Storytelling and Constitutional Law: The Medium and the Message », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 37; Anthony KRONMAN, « Leontius' Tale », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 54; Patricia EWICK et Susan S. SILBEY, « Subversive Stories and Hegemonic Tales: Toward a Sociology of Narrative », (1995) 29-2 *Law Soc. Rev.* 197; Daniel A. FARBER et Suzanna SHERRY, « Telling Stories out of School: An Essay on Legal Narratives », (1992) 45 *Stanford Law Rev.* 807; Brooks et Posner désignent le phénomène comme le « *storytelling of oppositionists* » : Peter BROOKS, « Inevitable Discovery - Law, Narrative, Retrospectivity », (2003) 15 *Yale J. Law Humanit.* 71, 71; P. BROOKS, préc., note 237, 1; R. A. POSNER, préc., note 241, p. 436; ce terme semble provenir de Richard Delgado qui s'est penché sur la construction de la réalité sociale par le biais des histoires et des contre-histoires dans Richard DELGADO, « Storytelling for Oppositionists and Others : A Plea for Narrative », dans Adrien Katherine WING et Jean STEFANCIC (dir.), *The Law Unbound! : A Richard Delgado Reader*, Boulder, Paradigm Publishers, 2007, p. 3; pour une théorie générale sur les articles juridiques, voir J. B. BARON et J. EPSTEIN, préc., note 146.

²⁵⁰ Robert A. FERGUSON, « Story and Transcription in the Trial of John Brown », (1994) 6 *Yale J. Law Humanit.* 37, 37: « *Famous trials, trials that capture the imagination of a community, are particularly useful for observing the nature of legal-literary-cultural connections and dependencies.* ».

²⁵¹ Paul GEWIRTZ, « Victims and Voyeurs: Two Narrative Problems at the Criminal Trials », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 135 aux pages 136-137.

²⁵² Jerome BRUNER, « Narrative, Culture, and Mind », dans Deborah SCHIFFRIN, Anna DE FINA et Anastasia NYLUND (dir.), *Telling Stories : Language, Narrative, and Social Life*, coll. Georgetown University Round Table on Languages and Linguistics Series, Washington, Georgetown University Press, 2010, p. 45 à la page 48; R. GRUNEWALD, préc., note 188, 372; la notion de « *storytelling* » comme décrivant ce qui se déroule au tribunal est utilisée par de nombreux auteurs. Voir par exemple R. GRUNEWALD, préc., note 188; Cathren KOEHLERT-PAGE, « Like a Glass Slipper on a Stepsister: How the One Ring Rules Them All at Trial », (2013) 91-3 *Neb. Law Rev.* 600; P. BROOKS, préc., note 150; L. LEDWON, préc., note 245; P. BROOKS, préc., note 237; J. B. BARON et J.

approche d'expressions aussi variées que la « *legal narratology* »²⁵⁴, l'approche heuristique du procès²⁵⁵, le « *narrative model* »²⁵⁶, le « *narrative blueprint* »²⁵⁷ ou encore la « *narrative theory* »²⁵⁸, désignations que nous regroupons librement sous l'expression « théorie narrative du procès »²⁵⁹. Tenant de l'approfondissement de la théorie narrative du procès, le professeur de littérature comparée Peter Brooks incitait en 2006 les juristes à se pencher sur les caractéristiques propres aux histoires afin de mieux saisir leur impact dans la pratique judiciaire : « [...] *people go to prison, even to execution, because of the well-formedness and force of the winning story.* »²⁶⁰ Encore aujourd'hui, cet appel à la reconnaissance de l'importance des histoires au procès n'a pas été entièrement entendu dans le milieu académique²⁶¹ et justifie l'exercice de systématisation qui fonde la présente recherche.

Les auteurs de la théorie narrative du procès ont en commun d'adopter une approche globale de la preuve administrée au procès et du traitement de cette preuve par les parties et par le *juge des faits*. Cette théorie implique de ne plus concevoir la détermination judiciaire

EPSTEIN, préc., note 146; P. BROOKS et P. GEWIRTZ (dir.), préc., note 241; R. K. SHERWIN, préc., note 154; R. K. SHERWIN, préc., note 151; R. LEMPert, préc., note 227; K. L. SCHEPPELE, préc., note 237; W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176.

²⁵³ G. BINDER et R. WEISBERG, préc., note 152, p. 261.

²⁵⁴ P. BROOKS, préc., note 150; P. BROOKS, préc., note 249; P. BROOKS, préc., note 237; Richard A. POSNER, « Legal Narratology », (1997) 64 *Univ. Chic. Law Rev.* 737.

²⁵⁵ J. E. LARSON, préc., note 156, 184.

²⁵⁶ Kenworthy BILZ, « We Don't Want to Hear It: Psychology, Literature and the Narrative Model of Judging », (2010) 2010 *Univ. Ill. Law Rev.* 429; B. S. JACKSON, préc., note 191.

²⁵⁷ R. GRUNEWALD, préc., note 188, 369.

²⁵⁸ John H. BLUME, Sheri Lynn JOHNSON et Emily C. PAAVOLA, « Every Juror Wants a Story: Narrative Relevance, Third Party Guilt and the Right to Present a Defense », (2007) 44 *Am. Crim. Law Rev.* 1069, 1087; Eleanor SWIFT, « Narrative Theory, FRE 803(3), and Criminal Defendants' Post-Crime State of Mind Hearsay », (2008) 38-3 *Seton Hall Law Rev.* 975; M. D. RISINGER, préc., note 11; John B. MITCHELL, « Evaluating Brady Error Using Narrative Theory: A Proposal for Reform », (2004) 53 *Drake Law Rev.* 599; discutant des sens donnés à l'expression « *narrative theory* », voir Christy H. DESANCTIS, « Narrative Reasoning and Analogy: The Untold Story », (2012) 9 *Leg. Commun. Rhetor. JAWLD* 149.

²⁵⁹ Le terme « procès » est spécifiquement ajouté pour distinguer cette théorie des autres théories narratives qui pourraient exister, notamment dans le domaine de la narratologie. Voir John PIER (dir.), *Théorie du récit : l'apport de la recherche allemande*, traduit par THIERRY GALLEPE ET AL., coll. Narratologie, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2007.

²⁶⁰ P. BROOKS, préc., note 150, 25; voir aussi *Id.*, 3; P. BROOKS, préc., note 249, 71; P. BROOKS, préc., note 237, 1.

²⁶¹ Ce constat est partagé par L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 281; K. BILZ, préc., note 256, 435.

des faits comme une décision fondée sur l'analyse de la véracité ou la fausseté de chacun des éléments de preuve présentés au procès (vision atomiste), mais plutôt comme une décision sur la plausibilité relative de deux histoires en compétition (vision holistique), conformément aux études empiriques²⁶². À titre d'illustration de ce qu'implique la conception narrative d'un cas donné, voici un extrait d'un article de la professeure Lisa Kern Griffin rapportant les faits d'un procès américain, l'affaire *Mark Jensen*, dont le propos est axé sur les différentes histoires en litige :

« In 2008, Mark Jensen stood trial for the murder of his wife Julie in a Kenosha County Circuit Court in Wisconsin. [...]

The known facts include that Julie Jensen died at her home in Pleasant Prairie, Wisconsin on December 3, 1998. She had been married to Mark Jensen for fourteen years, and they had two sons, ages eight and three at the time of her death. The case was at first treated as a suicide. Initial autopsy and toxicology reports were inconclusive, but tissue samples examined two years later established that Julie had ingested ethylene glycol, a poisonous substance commonly found in antifreeze. Later analysis of the Jensen home computer revealed Internet searches seeking information about various methods of poisoning. Mark Jensen's e-mail correspondence also exposed his long-term affair. After Julie's death, he began living with his girlfriend, and they later married. On March 19, 2002, Mark was charged with first-degree intentional homicide. The narrative the prosecution advanced at trial was framed by Julie Jensen's own account. Ten days before her death, Julie visited her neighbor and tearfully handed him a sealed envelope. If anything should happen to her, she said, he was to deliver it to the police. That document became the focal point of more than a decade of litigation to determine the legal truth about the events that led to Julie's death. In the letter, Julie expressed fear for her life because Mark had never forgiven her for a brief affair she had seven years before. She identified Mark as the "first suspect" should anything happen to her and noted that he was an "avid" Internet user. She also detailed the medicines she was taking but denied abusing alcohol. And she disavowed any suicidal tendencies, citing her love for her sons. The letter concluded: "I pray I'm wrong [and] nothing happens ... but I am suspicious of Mark's behaviors [and] fear for my early demise." Julie made similarly foreboding comments to a police officer with whom she was acquainted, one of her son's teachers, and her sister-in-law in the weeks before she died.

[...]

In Mark's narrative, his affair was the reason for Julie's suicide rather than a motive for murder. His account begins much earlier in Julie's life and chronicles sources of emotional disturbance. Various members of Julie's family battled alcoholism and depression, including a brother who attempted suicide. She lost another brother in

²⁶² R. J. ALLEN, préc., note 163, 604.

childhood after a suspicious rough-housing accident at home, and her mother also mysteriously drowned. Trial testimony further established that Julie had a long-term depressive disorder, for which she was under treatment at the time of her death. According to Mark, there was indeed mounting hostility between him and Julie, but in his version, she was despondent about the affair and plotted to kill herself and frame her husband in revenge. Julie's letter is arguably consistent with this theory, and its timing and curious content raise doubts about the facts surrounding her death. But it accords as well with the prosecution's claim that Julie was enduring emotional abuse, living in fear, and trapped in a dangerous home environment. Jurors came to see the letter within the prosecution's framework and reported that it was the most important piece of evidence to them; one juror termed it a "clear road map" to conviction.

After six weeks of trial, thirty-two hours of deliberations, and an early vote with some jurors undecided and others divided between conviction and acquittal, the jury reached agreement and returned a guilty verdict. Mark Jensen received a sentence of life without parole, and his conviction was affirmed in 2010. »²⁶³

Comme cet extrait en donne un aperçu, le caractère général de la théorie narrative du procès permet d'aborder différents aspects relatifs aux faits d'une affaire judiciaire en ayant recours à un même langage et aux mêmes notions. Les sections du présent chapitre proposent une déconstruction théorique de plusieurs de ces aspects et leur reconstruction en tenant compte des postulats de la théorie narrative. Cela nous permet d'analyser, d'expliquer et d'organiser au sein d'un même cadre divers aspects du traitement judiciaire des faits, que ce soit le droit qui le régit ou le processus qui résulte de l'application de ce droit.

Contrairement à la conception traditionnelle du droit de la preuve centrée sur le corpus de règles juridiques qui régule les faits susceptibles d'être prouvés en cour et les moyens par lesquels ils peuvent l'être²⁶⁴, l'étude du droit de la preuve est considérée inclure la question de l'évaluation de la preuve²⁶⁵ ainsi qu'incidemment le droit de la procédure²⁶⁶. Cette approche

²⁶³ L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 282-284 (renvois omis; soulignements ajoutés).

²⁶⁴ C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 3: « *The rules of evidence represent the law that governs the fact-finding aspect of dispute resolution and provide a way to reconstruct aspects of past event inside a courtroom or tribunal so that a conflict arising out of the event can be resolved.* »; voir aussi S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 36, n° 1:20; D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, p. 1; S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 66, n° 1.1.

²⁶⁵ Cette position est partagée par quelques auteurs de doctrine. Voir notamment S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 36, n° 1:50; P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 2; W. TWINING, préc., note 59, p. 2.

²⁶⁶ Certains éléments qui seront abordés relèvent aussi du droit de la procédure puisque le droit de la preuve et le droit de la procédure sont indissociables pour une vision globale du procès: « *A trial is a dynamic process in*

qui fait fi des divisions traditionnelles du droit a une visée explicative et non pas normative. Nous ne proposons ni un changement du droit ni une nouvelle façon de le catégoriser. Simplement, pour nos fins, les catégories traditionnelles qui divisent de façon étanche le droit de la preuve, de la procédure et de la détermination judiciaire des faits ne se révèlent pas suffisamment utiles pour qu'il vaille la peine de les distinguer.

Dans cette optique descriptive, nous amorçons le présent chapitre par une explication narrative des prescriptions légales relatives à la détermination judiciaire des faits (section 3.1). À la section suivante (section 3.2), nous reculons d'un pas afin d'agrandir notre champ de vision sur le processus de détermination judiciaire des faits. Après nous être attardée au processus décisionnel prescrit par le droit, nous proposons une relecture narrative des divers aspects du procès qui mènent à cette décision sur les faits. Le caractère général de la théorie narrative nous permet d'expliquer la façon dont les acteurs s'y prennent pour respecter le droit et le traitement judiciaire des faits qui en résulte. Puisqu'elle est construite à partir des études empiriques menées au cours de procès véritables et simulés, les concepts clés de la théorie narrative ont un potentiel descriptif important puisqu'ils permettent d'articuler un processus représentatif de la réalité. Alors que la vision traditionnelle offre une explication plutôt normative de la pratique judiciaire — les acteurs agissent tels qu'ils agissent parce qu'ils respectent le droit — l'explication de la théorie narrative est davantage analytique en ce qu'elle permet de comprendre comment les acteurs font pour appliquer le droit et ainsi pourquoi la pratique judiciaire est telle qu'elle est et pas autrement. Nous abordons aussi les diverses implications du fait que le tribunal travaille d'abord et avant tout avec des histoires, une réalité qui n'est pas reconnue par la vision traditionnelle du procès. En dépeignant de façon plus juste ce qui se passe réellement au tribunal, la théorie narrative nous permet ultimement de jeter un regard critique sur la prétention traditionnelle voulant que le processus de détermination judiciaire des faits permette d'atteindre la vérité-correspondance.

Enfin, dans la section 3.3, nous changeons encore une fois l'angle par lequel nous revisitons le traitement judiciaire des faits pour aborder la question du droit de la preuve. Nous

which rules of criminal procedure intersect with rules of evidence in an adversarial setting», dans S. PENNEY, V. RONDINELLI et J. STRIBOPOULOS, préc., note 142, n° 16.1.

ne procédons pas à une relecture narrative de règles de preuve particulières comme nous le ferons dans la section 3.1 pour le droit qui régit la détermination judiciaire des faits. Notre approche est plus globale. Nous adoptons une perspective narrative pour discuter du rôle des règles de preuve au procès. Au lieu d'une masse de règles d'exclusion de la preuve toutes indépendantes les unes des autres, elles sont appréhendées comme visant toutes à encadrer et circonscrire les histoires débattues au tribunal. Dans un premier temps, nous expliquons que cette perspective narrative a l'avantage indéniable de pouvoir être utilisée comme un outil par les cours d'appel pour évaluer, dans un cas donné, les conséquences réelles pour une partie de l'application d'une règle de preuve lors d'un procès. Dans un second temps, nous expliquons en quoi la théorie narrative du procès, contrairement à son homologue traditionnelle, a permis de fonder une théorie générale de la preuve. Cette théorie — la théorie explicative de la preuve — sera décrite dans ses grandes lignes.

En nous permettant d'expliquer différents aspects du traitement judiciaire des faits en ayant recours aux mêmes concepts, le caractère général de la théorie narrative du procès nous offre la possibilité de les organiser dans un même cadre théorique et de les articuler entre eux. Notre objectif est de brosser un portrait suffisamment clair d'une reconceptualisation narrative du procès et de ses implications pour que nous puissions amorcer une relecture narrative des causes d'erreurs judiciaires dans le chapitre suivant (chapitre 4).

3. 1 — La théorie narrative du procès et la détermination judiciaire des faits

Selon les études empiriques, rendre jugement implique d'abord de construire une interprétation claire des actions de l'accusé au moment du fait reproché, puis de déterminer comment cette interprétation remplit les critères juridiques requis par l'accusation²⁶⁷. Pour que cette interprétation des actions de l'accusé soit suffisamment claire pour dénombrer les éléments essentiels requis par le droit, nous sommes d'avis que le recours au récit est

²⁶⁷ Voir notamment W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 8.

inévitables. En narratologie, le récit se définit comme la représentation de plusieurs²⁶⁸ « événements » ou, lorsque le changement est provoqué par un agent humain, « actions »²⁶⁹. Les histoires au cœur du procès ont forcément pour objet central minimal une *action* et non un événement puisque le changement doit pouvoir être imputé à un agent — l'accusé — pour lui être reproché. La notion d'*action* en narratologie a l'avantage de présenter à la fois une dimension physique observable (conduite) et une dimension psychique (intention, volonté, motif, but)²⁷⁰, tout comme les *actions* prohibées par une infraction du *Code criminel* contiennent toutes une dimension physique (*actus reus*) et une dimension psychique afférente (*mens rea*) socialement condamnés²⁷¹. La théorie narrative nous invite ainsi à concevoir le *Code criminel* comme une liste d'*actions* que la société canadienne juge moralement répréhensibles²⁷².

Que les histoires soient au centre du procès est tout à fait logique lorsque l'on comprend que lors d'interactions interpersonnelles, le récit est un outil de prédilection pour expliquer la survenance d'une *action* ayant brisé les conventions sociales²⁷³. Toute histoire a pour arrière-plan certaines conventions schématisées et mémorisées sous forme de scripts²⁷⁴. Ces derniers sont des schémas d'actions préétablies et attendues lors d'activités socioculturelles courantes qui reposent sur une conception partagée de ce qui est ordinaire ou

²⁶⁸ H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 13. L'auteur relève qu'il existe en narratologie un débat à savoir si un ou plusieurs événement ou action est nécessaire pour constituer un récit. Cette question ne se pose pas dans le cadre du présent mémoire puisque l'histoire racontée à un procès comprend toujours plus d'un événement ou action. Il comprend minimalement les événements et actions avant, pendant et après l'acte constitutif de l'infraction (tel qu'il est expliqué dans les pages qui suivent); pour d'autres sources de cette définition du récit, voir aussi F. REVAZ, préc., note 240, p. 104; G. PRINCE, préc., note 231, p. 58.

²⁶⁹ Pour la distinction entre événement et action, voir la définition sous le titre « Actions/événements (en narratologie) » dans Patrick CHARAUDEAU et Dominique MAINGUENEAU (dir.), *Dictionnaire d'analyse du discours*, Paris, Édition du Seuil, 2002, p. 26; en anglais, voir la distinction entre « action/act » et « event » dans G. PRINCE, préc., note 231, p. 1 et 28.

²⁷⁰ F. REVAZ, préc., note 240, p. 27.

²⁷¹ Voir *supra*, note de bas de page 118.

²⁷² Rappelons que les infractions prévues au *Code criminel* sont considérées être commises contre la Reine plutôt qu'entre particuliers. Voir *supra*, 2.1 - Survol du droit judiciaire criminel canadien. Voir aussi A. E. POPPLE, préc., note 112, p. 6.

²⁷³ J. BRUNER, préc., note 221, 12; A. G. AMSTERDAM et J. S. BRUNER, préc., note 247, p. 46.

²⁷⁴ Les termes « frame » et « schémas » sont aussi utilisés, parfois comme synonymes, parfois avec certaines nuances. Voir à ce sujet P. CHARAUDEAU et D. MAINGUENEAU (dir.), préc., note 269, p. 520.

normal²⁷⁵. À titre d'illustration, le fait de se rendre au restaurant met en scène le script de se présenter à une table, de recevoir un menu puis de commander. La plupart des connaissances culturelles partagées sont ainsi organisées en terme de scripts²⁷⁶. Ces derniers fondent une attente culturelle que les individus se conforment au comportement conventionnel prescrit par le script, et ce, peu importe leurs personnalités, statuts, intelligences ou opinions politiques²⁷⁷. Les scripts ne deviennent la source d'une histoire que lorsqu'ils sont brisés, puisqu'ils contiennent les normes dont la violation est le sujet de toute histoire²⁷⁸. Ainsi, les histoires naissent lorsque les raisons à l'origine d'un bris des conventions sont recherchées puisque la forme narrative permet de conférer du sens à un comportement qui dévie de la norme²⁷⁹.

Le récit permet d'expliquer les *actions* qui s'éloignent des scripts puisqu'il met en relief l'état d'esprit et les conditions structurelles à la source de la dimension psychique de l'*action* d'un individu qui a dévié du script : « *The function of the story is to find an intentional state that mitigates or at least makes comprehensible a deviation from a canonical cultural pattern.* »²⁸⁰ L'histoire est ainsi un outil communicationnel qui permet le partage, la compréhension et l'analyse des *actions* en contexte social²⁸¹. Les histoires jouent un rôle *explicatif* des écarts par rapport au script. Sans forcément excuser ou légitimer ces écarts, leur explication permet une réaction adaptée, et, ainsi, la vie en société²⁸².

Ce rôle explicatif des histoires est aussi exploité par les histoires populaires — qu'elles se présentent sous forme de romans, de contes, de films ou autres. En mettant en scène des

²⁷⁵ *Id.*; A. G. AMSTERDAM et J. S. BRUNER, préc., note 247, p. 45; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 19; R. K. SHERWIN, préc., note 151, 50; Richard NISBETT et Lee ROSS, *Human Inference: Strategies and Shortcomings of Social Judgment*, coll. The Century Psychology Series, Englewood Cliffs, Prentice-hall, 1980, p. 34; la notion de script a été élaborée par la psychologie cognitive plutôt que par la narratologie, voir F. REVAZ, préc., note 240, p. 40.

²⁷⁶ A. G. AMSTERDAM et J. S. BRUNER, préc., note 247, p. 121.

²⁷⁷ J. BRUNER, préc., note 189, p. 48; les scripts sont partagés au sein des groupes sociaux, mais aussi au sein d'entités culturelles. Voir F. REVAZ, préc., note 240, p. 41.

²⁷⁸ A. G. AMSTERDAM et J. S. BRUNER, préc., note 247, p. 46 et 121; J. BRUNER, préc., note 221, 11.

²⁷⁹ J. BRUNER, préc., note 189, p. 49.

²⁸⁰ *Id.*, p. 49-50 (accentuations originales omises).

²⁸¹ J. A. ROBINSON et L. HAWPE, préc., note 221 à la page 112.

²⁸² J. BRUNER, préc., note 189, p. 95; les gens croient difficilement que quelque chose soit vrai avant que cela soit raconté sous forme d'histoire. Le fait de mettre une série d'actions sous forme narrative a pour effet de naturaliser ces actions. Voir H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 44.

comportements qui dévient du script en racontant l’histoire d’un pauvre, d’un immigré, d’un privilégié, d’un délinquant, d’un jeune prodige, d’un incompris ou d’une famille atypique, les histoires populaires permettent la renégociation des objets d’empathie socialement admis. Le simple recours à l’explication narrative est ainsi une source d’empathie :

« Urging people to take the perspective of another normally yields many positive consequences. Emotionally, it induces compassion and sympathy in the perspective taker. [...] Perspective takers, in other words, are more likely to offer the same kind of generous explanations for others' behavior that they would have offered for themselves. »²⁸³

C’est d’ailleurs le pouvoir des histoires de générer de l’empathie chez leur auditoire qui a été particulièrement mobilisé par les auteurs ayant eu recours aux histoires pour faire connaître des réalités que la forme traditionnelle des publications universitaires permettait d’ignorer jusque-là²⁸⁴.

Dans le cas des bris de scripts listés au *Code criminel*, même si la réponse est institutionnalisée plutôt que strictement interpersonnelle, nous croyons que c’est ce même apport explicatif des histoires qui est recherché et qui justifie le recours à cet outil communicatif lors du procès²⁸⁵. Le tribunal peut ainsi être conçu comme le lieu où les parties sont invitées à raconter l’histoire entourant l’*action* reprochée à l’accusé de manière à vérifier que cette dernière lui est bel et bien attribuable et prohibée par le *Code criminel*. La structure narrative est toute désignée pour être utilisée au tribunal :

²⁸³ K. BILZ, préc., note 256, 467-469; le livre de Vladimir NABOKOV, *Lolita*, coll. Folio, Paris, Gallimard, 2001 (1955) est souvent évoqué comme exemple où la seule forme narrative suscite chez le lecteur une certaine empathie pour son protagoniste alors qu’il s’agit d’un pédophile et qu’il n’est pas dépeint par l’auteur de façon à susciter particulièrement de l’empathie; voir par exemple K. BILZ, préc., note 256, 453: « *Yet this, perhaps, is Nabokov's ugly game: to slowly reveal to the reader that despite her high-minded contempt at the outset, she, too, can be made to empathize with a pedophile and feel scorn for his victim, even against her will.* »; un autre exemple est le roman *Native Son* de Richard Wright. Voir Dan M. KAHAN et Martha C. NUSSBAUM, « Two Conceptions of Emotion in Criminal Law », (1996) 96-2 *Columbia Law Rev.* 269, 366; voir aussi K. BILZ, préc., note 256, 433 et 457.

²⁸⁴ Ce pouvoir est souligné par plusieurs auteurs. Voir R. DELGADO, préc., note 249 à la page 3; P. BROOKS, préc., note 150, 2; G. BINDER et R. WEISBERG, préc., note 152, p. 224; P. EWICK et S. S. SILBEY, préc., note 249, 1999; K. L. SCHEPPELE, préc., note 237, 2075; les histoires acquièrent un certain pouvoir du fait qu’elles acceptent d’être implantées dans la morale et les croyances, ce qui n’est pas le cas de la logique pure qui recherche des principes fondateurs impersonnels. Voir A. P. KERBY, préc., note 220, p. 61.

²⁸⁵ K. L. SCHEPPELE, préc., note 237, 2095.

« For one thing, narrative is a mode of discourse that takes directly into account the normative element upon which law is based — the existence of a legitimate, canonical state of things that has been complicated by some human action in some particular context or setting. Narrative takes for granted — indeed, takes it as a necessary condition — that in human affairs, the actors are agents whose acts are in some significant way under their own responsible control. Narratives require and provide an accounting of the justifiability of those acts that are alleged to have violated the legitimate expectations of another party or of the community. And in its very nature, narrative requires resolution. »²⁸⁶

Dans les procès criminels, la détermination de l'intention coupable (*mens rea*) est toujours une question centrale à l'établissement de la culpabilité²⁸⁷. En l'absence de confession de l'accusé, la *mens rea* ne peut jamais être directement prouvée, elle ne peut qu'être inférée de la preuve d'une *action*²⁸⁸. Seule l'explication du contexte entourant l'*action* reprochée et prouvée peut permettre à un interprète extérieur d'inférer l'état d'esprit de l'individu ayant posé cette action. Pour ce faire, le droit prévoit que le *juge des faits* peut par exemple avoir recours à l'inférence « conforme au bon sens » voulant que l'être humain recherche les conséquences naturelles de ses actes :

« It is open to a trier of fact to infer that an accused intends the natural consequences of their acts; natural consequences are ones that are objectively foreseeable. Thus, regardless of whether a person "desired" the consequence, it may be concluded that the intended such consequences based on the performance of the act. »²⁸⁹

²⁸⁶ A. G. AMSTERDAM et J. S. BRUNER, préc., note 247, p. 141 (soulignements ajoutés).

²⁸⁷ Il s'agit d'un des éléments essentiels à la responsabilité criminelle, voir *supra*, 2.1 - Survol du droit judiciaire criminel canadien. Voir à cet égard Lon L. FULLER, « The Case of the Speluncean Explorers », (1949) 62-4 *Harv. Law Rev.* 616.

²⁸⁸ E. SWIFT, préc., note 258, 979; Michael D. RISINGER, « Guilt vs. Guiltiness : Introduction », (2008) 38-3 *Seton Hall Law Rev.* 885, 887 et 1294; Alexander WELSH, *Strong Representations: Narrative and Circumstantial Evidence in England*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1992, p. 37-38; Ronald J. ALLEN, « The Nature of Juridicial Proof », (1991) 13 *Cardozo Law Rev.* 373, 393 et suiv.; Jeremy BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence : Specially Applied to English Practice : From the Manuscripts of Jeremy Bentham, London, 1827*, 3, coll. The Making of Modern Law, Gale, Cengage Learning, p. 5-6, en ligne : <<http://galenet.galegroup.com.proxy3.library.mcgill.ca/servlet/MOML?af=RN&ae=F404557348&srchtp=a&ste=14>> (consulté le 9 mars 2016).

²⁸⁹ Dallas MACK, *Mack's Criminal Law Trial Book*, Toronto, Carswell, 2015, p. 168; voir aussi *R. c. Walle*, [2012] 2 R.C.S. 438, par. 63; *R. c. Daley*, préc., note 135, par. 104; *R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252; D. WATT, préc., note 124, n° 12.02.

En droit, lorsqu'une preuve n'est pas utilisée par le *juge des faits* pour conclure à l'existence du fait qu'elle démontre, mais plutôt pour inférer l'existence d'un *autre* fait, cette preuve est dite *circonstancielle*. La preuve circonstancielle se distingue de la preuve directe :

« Proof of a fact in issue may be made either by way of direct evidence or circumstantial evidence. Direct evidence is simply evidence that directly proves a fact in issue. [...] Circumstantial evidence, on the other hand, is evidence of surrounding circumstances from which an inference may be drawn by the judge or jury that a fact in issue had occurred. »²⁹⁰

La jurisprudence et la doctrine qualifient la preuve circonstancielle de preuve par inférences²⁹¹. Le droit reconnaît que la preuve circonstancielle entourant l'*action* prohibée est la preuve la plus fiable (*reliable*) pour inférer la *mens rea* de celui qui pose l'*action*²⁹². À titre d'exemple, le mobile qui amène un accusé à commettre l'*action* prohibée est une preuve circonstancielle susceptible de permettre au *juge des faits* d'inférer l'état d'esprit (*mens rea*) de l'accusé lorsqu'il a posé l'*action*²⁹³. Toute explication de l'*action* reprochée implique nécessairement des éléments caractéristiques du récit, soit une suite d'événements ou d'actions, un enchaînement temporel et la présence de liens de causalité explicatifs²⁹⁴. En ayant la caractéristique particulière de rendre explicite la dimension psychique des *actions*²⁹⁵,

²⁹⁰ R. E. SALHANY, préc., note 119, p. 5.

²⁹¹ *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, par. 23; A. E. POPPLE, préc., note 112, p. 38; ce qui distingue essentiellement la preuve directe de la preuve circonstancielle est le nombre d'inférences requises pour arriver à une conclusion de fait. Avec de la preuve directe, la seule conclusion que le *juge des faits* a à tirer pour retenir les faits que le témoin rapporte est celle de sa crédibilité; avec de la preuve circonstancielle, le *juge des faits* infère un fait qui n'est pas directement communiqué en salle de cour : en plus de croire le témoin, il doit inférer à partir des faits qu'il rapporte, la survenance d'un autre fait. Voir D. WATT, préc., note 139, p. 277; voir aussi S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 31:20; D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, p. 31; S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 66, n° 2.79 et suiv.; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 349.

²⁹² R. E. SALHANY, préc., note 119, p. 365.

²⁹³ *R. v. Salah*, 2015 ONCA 23, par. 54; sur le mobile comme preuve circonstancielle, voir S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 31:160.60.

²⁹⁴ Sur les caractéristiques du récit, voir F. REVAZ, préc., note 240, p. 75 et suivantes.

²⁹⁵ Voir *Id.*, p. 45; A. P. KERBY, préc., note 220, p. 54; la définition de « Actions/événements (en narratologie) » dans P. CHARAUDEAU et D. MAINGUENEAU (dir.), préc., note 269, p. 26.

l'histoire est le véhicule idéal pour établir ou nier les éléments constitutifs de la responsabilité criminelle²⁹⁶.

Ces constats ne sont pas sans rappeler une des propositions de Bennett et Feldman : les histoires sont mobilisées au procès afin de fournir un contexte aux actions sociales de manière à leur conférer un sens²⁹⁷. La théorie narrative permet de comprendre que les éléments de preuve présentés par une partie participent tous à la construction d'une ou plusieurs histoires, expliquant ainsi comment l'accumulation de différentes preuves *directes* qui semblent autonomes les unes par rapport aux autres finit toujours par générer une preuve *circonstancielle* suffisante pour permettre au *juge des faits* de tirer des inférences, au minimum celle de la *mens rea*²⁹⁸. Dans les cas où la suite d'*actions* permettant d'inférer la *mens rea* doit par ailleurs elle-même être inférée — les cas que le droit décrit comme basés principalement sur de la preuve circonstancielle — l'intention coupable se retrouve à être doublement inférée :

« In reaching a verdict in a criminal trial, the trier of fact must draw inferences from historical fact in order to settle the question of intentionality. The process is more complicated than this statement suggests, however, because in most trials historical fact itself is in dispute. Additionally, the kind of historical fact with which the law is concerned may not even exist in any meaningful way independent of the method of proof. »²⁹⁹

Plus la preuve est circonstancielle, plus le *juge des faits* doit tirer des inférences pour parvenir à déterminer les faits essentiels. Comment ces inférences sont-elles tirées et comment le *juge des faits*, face à une masse d'informations, peut-il arriver à une décision sur les faits?

²⁹⁶ Nous sommes de l'avis des auteurs qui avancent que le récit est plus qu'un véhicule idéal pour établir la *mens rea*: il est nécessaire. Voir E. SWIFT, préc., note 258, 980; voir aussi H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 185.

²⁹⁷ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 4-7.

²⁹⁸ La distinction entre la preuve directe et circonstancielle est toujours relative. De la preuve directe sur un fait peut aussi être circonstancielle par rapport à un autre fait si elle permet de l'inférer. Voir C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 350.

²⁹⁹ Gary GOODPASTER, « On the Theory of American Adversary Criminal Trial », (1987) 78-1 *J. Crim. Law Criminol.* 118, 130 (soulignements ajoutés).

Le droit prévoit que le *juge des faits* doit déterminer les faits en évaluant le mérite des positions des parties, sans investiguer lui-même³⁰⁰. Tel que la directive au jury qui suit sur le processus décisionnel l'illustre clairement, le raisonnement sur les faits doit reposer strictement sur deux éléments, soit (1) la preuve présentée au procès et (2) le bon sens du *juge des faits* :

« In each case, your job is to decide what conclusions you will reach [1] based upon the evidence as a whole, direct and circumstantial. [2] To make the decision, use your common sense and experience. »³⁰¹

Tout d'abord, abordons le premier élément, la preuve (1). Seule la preuve présentée au procès peut être considérée par le *juge des faits* et il lui est défendu d'utiliser des informations extérieures³⁰². Il peut retenir les faits qu'il veut d'une preuve : il peut la croire entièrement, en partie ou la rejeter complètement³⁰³. Le seul élément auquel le *juge des faits* peut avoir recours pour départager les faits qu'il retient de l'ensemble de la preuve présentée est le second élément prescrit par le droit pour déterminer les faits, le bon sens (2) :

« As the judge of the facts, your first duty is to decide what are the facts in this case. You make that decision from *all* the evidence given in this courtroom during this trial. There will be no more evidence. You consider nothing else. You are entitled to come to common sense conclusions based on the evidence that you accept. »³⁰⁴

Le bon sens est expliqué aux jurés comme étant ce dont ils se servent quotidiennement dans leurs interactions sociales³⁰⁵. La preuve est évaluée et persuadée selon l'expérience du *juge des faits* de sa conformité avec ce qui survient dans la réalité³⁰⁶. La notion de bon sens fait appel à l'inventaire des connaissances socialement partagées sur le déroulement ordinaire des événements³⁰⁷, exactement comme la notion de « représentations sociales » mobilisée par

³⁰⁰ Don STUART et Tim QUIGLEY, *Learning Canadian Criminal Procedure*, 12^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2016, p. 579.

³⁰¹ D. WATT, préc., note 139, p. 45, preliminary 17-A (soulignements et numérotation ajoutés); voir aussi D. PACIOCCO et L. STUOSSER, préc., note 123, p. 566.

³⁰² D. WATT, préc., note 139, p. 43, preliminary 16.

³⁰³ E. G. EWASCHUK, préc., note 80, n^o 16:2195; A. E. POPPLE, préc., note 112, p. 56.

³⁰⁴ D. WATT, préc., note 139, p. 231, final 2-A (soulignements ajoutés).

³⁰⁵ *Id.*, p. 267, final 14.

³⁰⁶ J. BENTHAM, préc., note 121, p. 112.

³⁰⁷ Notre traduction de « [c]ommon sense appeals to a shared social stock of knowledge about the common course of events » dans W. TWINING, préc., note 59, p. 140; les expressions « general experience », « background

la théorie narrative³⁰⁸. Ainsi, dans le cadre particulier du présent mémoire, les notions de « bon sens » et de « représentations sociales » réfèrent au même bagage de connaissances du *juge des faits* qui peut être décrit comme suit :

« A 'stock of knowledge' does not consist of individual, empirically tested, and readily articulated propositions; rather, both individually and collectively, we have ill-defined agglomerations of beliefs that typically consist of a complex soup of more or less well-grounded information, sophisticated models, anecdotal memories, impressions, stories, myths, proverbs, wishes, stereotypes, speculations, and prejudices. Fact and value are not sharply differentiated. Nor are fact, fantasy and fiction. Nor can one take for granted either consistency or coherence within an individual's or a society's 'stock of knowledge'. »³⁰⁹

Même si nous considérons ces notions sont équivalentes, à des fins de clarté, nous emploierons l'expression « bon sens » utilisée par le droit positif pour référer à la notion juridique, alors que celle de « représentations sociales » continuera d'être utilisée quand nous référerons particulièrement à la théorie narrative³¹⁰.

Le processus de détermination judiciaire des faits étant un produit de (1) la preuve et (2) du bon sens du *juge des faits*³¹¹, les auteurs n'ont pas tort d'affirmer qu'une fois la preuve entièrement présentée, le bon sens est le seul outil décisionnel du *juge des faits*³¹². Si le droit le prescrit généralement pour déterminer des faits, il le prescrit aussi pour toutes les évaluations

knowledge », « *common sense* » ou « *society's stock of knowledge* » sont généralement utilisées comme des synonymes. Voir T. ANDERSON, D. A. SCHUM et W. L. TWINING, préc., note 166, p. 269.

³⁰⁸ Voir W. TWINING, préc., note 59, p. 338.

³⁰⁹ *Id.*

³¹⁰ Voir la définition de « représentations sociales », *supra*, 2.3.2 Le Story Model comme modèle de processus décisionnel. Certains auteurs de la théorie narrative préfèrent recourir à un troisième terme, « doxa », issue de la narratologie, pour marquer leur affiliation avec l'analyse littéraire. Le terme « doxa » peut être défini comme suit : « *that set of unexamined cultural beliefs that structure our understanding of everyday happenings* », dans P. BROOKS, préc., note 150, 10; « Doxa est un mot emprunté au grec et désignant l'opinion, la réputation, ce que l'on dit des choses ou des gens. La doxa correspond au sens commun, c'est-à-dire un ensemble de représentations socialement prédominantes, dont la vérité est incertaine, prises le plus souvent dans leur formulation linguistique courante » (accentuations omises), dans P. CHARAUDEAU et D. MAINGUENEAU (dir.), préc., note 269, p. 197.

³¹¹ C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 22.

³¹² S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 31:70; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 16.

reliées à l'appréciation de la preuve, c'est-à-dire sa pertinence³¹³, sa valeur probante³¹⁴ ainsi que pour tirer toute inférence :

« Jurors are expected to bring to their task their entire life's experiences. It is on the basis of what they know about human behaviour, knowledge that they have obviously acquired outside the courtroom, that they are requested to assess credibility and to draw inferences from proven facts. »³¹⁵

Le « bon sens » (*common sense*) auquel réfère le droit est défini comme une mesure de la *raison* :

« Sound practical judgment; that degree of intelligence and reason as exercised by the generality of the populace [...]. Good sense, sound sense, practicality, intuition, sound perception, balanced judgment, practical knowledge, levelheadedness, native reasoning, "horse sense", normal intelligence, realistic or down-to-earth thinking, mother wit, clear thinking, natural sagacity, plain sense, reasonableness. »³¹⁶

Suivant le droit canadien, lorsque le *juge des faits* tire des inférences conformément au bon sens, elles sont qualifiées de « raisonnables » ou « rationnelles » eu égard à la preuve présentée³¹⁷. Le droit positif prévoit par ailleurs qu'un doute peut être qualifié de « raisonnable » lorsqu'il repose sur le bon sens et la preuve³¹⁸. Le bon sens est ainsi un outil de la *raison* qui rend le processus de détermination judiciaire des faits *rationnel*³¹⁹, même s'il est aussi le siège de mythes et de stéréotypes³²⁰.

Nous sommes d'avis que la théorie narrative du procès permet de mieux expliquer le processus de détermination judiciaire des faits prescrit par le droit positif que la vision

³¹³ Une preuve est pertinente si, selon la logique, le bon sens et l'expérience humaine, elle aide à trancher une question en litige. Voir *supra*, p. 34.

³¹⁴ L'évaluation de la valeur probante doit être faite selon l'expérience et le bon sens. Voir *supra*, p. 36.

³¹⁵ *R. c. Pan*, [2001] 2 R.C.S. 344, par. 61 (soulignements ajoutés).

³¹⁶ William P. STASKY, *West's Legal Thesaurus/Dictionary: A Resource for the Writer and the Computer Researcher*, St. Paul, West Publishing, 1985, p. 154 (soulignements ajoutés).

³¹⁷ Voir D. WATT, préc., note 139, p. 277; D. WATT, préc., note 124, n° 12.01; D. WATT, préc., note 139, p. 45, preliminary 17-A; R. E. SALHANY, préc., note 119, p. 5.

³¹⁸ *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 39; *R. c. Griffin*, [2009] 2 R.C.S. 42, par. 43.

³¹⁹ Voir Bernard S. JACKSON, *Making Sense in Law: Linguistic, Psychological and Semiotic Perspectives*, coll. Legal Semiotics Monographs, n°4, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1995, p. 390-391.

³²⁰ Sur le danger que le recours au bon sens ouvre la porte aux stéréotypes, voir *infra*, 4.2 - Les biais sociaux et S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 36, n° 4:30.10; P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 164-165.

traditionnelle du procès. Cette dernière, fondamentalement atomiste, prévoit que l'évaluation de valeur probante de la preuve et que les inférences sont tirées en ayant recours à des généralisations, fondées sur le bon sens, à partir de chacun des éléments de preuve présentés³²¹. La théorie narrative avance plutôt que le choix des éléments de preuve et des inférences retenus dépend de l'évaluation de la *vraisemblance* de l'histoire dans laquelle ils s'insèrent suivant les représentations sociales du *juge des faits*. Cette différence entre la vision traditionnelle et la théorie narrative du procès dans la conception du raisonnement judiciaire sur les faits qu'exige le droit positif peut être illustrée par la figure suivante :

Tableau I. Visions traditionnelle et narrative du raisonnement judiciaire sur les faits suivant le droit

Le droit en matière de détermination judiciaire des faits	Théorisation du raisonnement judiciaire sur les faits prescrit par le droit	
	<i>Selon la vision traditionnelle</i>	<i>Selon la théorie narrative</i>
La preuve présentée	La preuve présentée	La preuve présentée
+	+	+
Le <u>bon sens</u>	Généralisations à partir de chacun des éléments de preuve (vision atomiste) basées sur le <u>bon sens</u>	Évaluation du caractère vraisemblable des histoires qui émanent de l'ensemble de la preuve (vision holistique) suivant les <u>représentations sociales</u> ³²²
=	=	=
Jugement sur les faits	Jugement sur les faits	Jugement sur les faits

³²¹ Voir *supra*, p. 21. Voir aussi notamment W. TWINING, préc., note 59, p. 76; A. STEIN, préc., note 79, p. 65; expliquant que les généralisations, fondées sur le bon sens, sont des suppositions conscientes ou inconscientes sur le comportement humain et la compréhension de ce qui est plausible dans le cours ordinaire des événements, voir C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. xxix.

³²² Rappelons que malgré que nous ayons recours à l'expression « représentations sociales », nous l'utilisons comme synonyme du « bon sens » prescrit par le droit. Voir *supra*, p. 74.

La vision traditionnelle du procès suppose que le *juge des faits* attache une valeur probante à chacun des éléments de preuve jusqu'à satisfaction du fardeau de preuve requis³²³. Pour tirer des inférences, il généralise conformément à son bon sens à partir d'un élément de preuve donné vers une conclusion de fait³²⁴. Cette vision ne permet pas d'expliquer comment la valeur est probante est attribuée dans un cas précis. Elle ne permet pas non plus d'expliquer à quel moment et comment une inférence est tirée. Le choix des inférences et de la valeur probante attribuables à la preuve par le processus de généralisation à partir du bon sens semble imprévisible lorsque l'on tente de l'appliquer à un cas précis.

Pour sa part, la théorie narrative permet d'expliquer à quel moment un élément de preuve ou une inférence est retenu par le *juge des faits*, c'est-à-dire lorsqu'ils soutiennent une histoire qui lui semble *vraisemblable*³²⁵. Considérant la nécessité que les histoires expliquent suffisamment la preuve présentée (*couverture*) tout en présentant une bonne cohérence interne (élément essentiel à sa *plausibilité*)³²⁶, peu d'histoires sont effectivement générées au cours d'un procès. Seules les histoires qui expliquent un maximum de preuves et qui présentent une bonne cohérence interne sont soulevées au procès. Le rôle du *juge des faits* est alors d'évaluer la conformité relative de ces histoires avec ses représentations sociales (leur cohérence externe — autre élément essentiel à leur *plausibilité*).

La théorie narrative permet de comprendre que la valeur probante d'un élément de preuve n'est pas attribuée de façon abstraite tout comme les inférences ne sont pas tirées de façon aléatoire : les éléments de preuves sont probants lorsqu'ils soutiennent une histoire jugée *vraisemblable* et les inférences s'imposent suivant l'histoire dont la *vraisemblance* est évaluée. La théorie narrative diminue ainsi le mystère entourant le travail du *juge des faits* au tribunal par rapport à la vision traditionnelle. Cette dernière suppose qu'il puise un nombre de

³²³ Voir *supra*, p. 40.

³²⁴ P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 142 et suiv; W. TWINING, préc., note 59, p. 76; A. STEIN, préc., note 79, p. 65; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 48.

³²⁵ Pour la construction du sens au fur et à mesure de la présentation de la preuve, voir *supra*, p. 53.

³²⁶ Pour un rafraîchissement des critères de la *vraisemblance* d'une histoire, nous renvoyons le lecteur à la Figure 2 - Synthèse des critères de vraisemblance d'une histoire suivant les études de Bennett et Feldman et Pennington et Hastie, *supra*, p. 50.

fois indéfini à son bon sens pour générer, à partir d'une preuve donnée, une hypothèse parmi une possibilité tout aussi infinie d'hypothèses.

Le fait que différents *juges des faits* retiennent les mêmes preuves comme probantes et tirent les mêmes inférences de ces preuves sur ce qui semble être une infinité de possibilités suivant la vision traditionnelle permet à cette dernière de laisser supposer que le recours au bon sens est un outil fiable qui assure une détermination des faits *exacte* puisque *constante*. La théorie narrative du procès révèle plutôt que la décision sur la *vraisemblance* d'une histoire par rapport à une autre — et, partant, celle des preuves et des inférences qu'elle sous-tend — dans un cas donné est un exercice beaucoup plus restreint que ce que la vision traditionnelle laisse entendre. Le fait que plusieurs *juges des faits* arrivent ainsi à une même détermination des faits est moins étonnant et mieux explicable. Il est possible d'avancer que cela ne permet pas de conclure au caractère *exact* des faits déterminés, mais plutôt au caractère homogène des représentations sociales de ces *juges des faits*.

Si les faits déterminés par le *juge des faits* (ou, autrement dit, l'histoire retenue) impliquent la culpabilité de l'accusé, il doit ensuite évaluer si la Couronne a prouvé cette culpabilité *hors de tout doute raisonnable*. Suivant les prescriptions de la Cour suprême du Canada, le raisonnement requis pour évaluer si la preuve de culpabilité satisfait le fardeau de preuve requis est le suivant :

« The essential component of an instruction on circumstantial evidence is to instill in the jury that in order to convict, they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the only rational inference that can be drawn from the circumstantial evidence is that the accused is guilty. »³²⁷

La Cour suprême traite dans cet extrait d'une inférence de culpabilité rationnelle susceptible d'être tirée de la preuve circonstancielle. Suivant la théorie narrative, l'inférence pouvant être tirée de la preuve est l'histoire émanant d'une évaluation globale de cette preuve. L'inférence de culpabilité est donc l'histoire qui mène à une déclaration de culpabilité puisqu'elle contient tous les éléments essentiels de l'infraction. Vu sous cet angle, le droit positif émanant de la plus haute cour canadienne prescrit un raisonnement judiciaire sur les

³²⁷ *R. c. Griffin*, préc., note 318, par. 33, (soulignements ajoutés); voir aussi A. T. TUFTS, préc., note 136 à la page 660.

faits conforme au modèle narratif. En effet, la preuve hors de tout doute raisonnable de culpabilité est atteinte lorsque 5 éléments sont présents : (A) la seule (B) inférence (C) à tirer de la preuve (D) qui est rationnelle — c'est-à-dire fondée sur le bon sens³²⁸ — est (E) la culpabilité.

Suivant la théorie narrative, cela signifie que (A) la seule (B) histoire (C) émanant de la preuve (D) qui est plausible — c'est-à-dire conforme aux représentations sociales — doit être celle (E) qui inclut tous les éléments essentiels de l'infraction. Puisque (B) une histoire qui (C) émane de la preuve (*couverture*) et (D) qui est *plausible* est désignée plus simplement comme étant *vraisemblable* par la théorie narrative, il est possible d'expliquer qu'il y a preuve hors de tout doute raisonnable de la culpabilité lorsque (A) la seule (B) histoire (C+D) *vraisemblable* est celle (E) qui inclut tous les éléments essentiels de l'infraction.

A contrario, il existe un doute raisonnable dans un cas donné lorsqu'en considérant l'ensemble de la preuve, il subsiste (A) une autre (B) histoire (C+D) *vraisemblable* (E) qui est compatible avec l'innocence puisqu'elle n'inclut pas tous les essentiels de l'infraction. Cela est tout à fait cohérent avec les explications de la doctrine traditionnelle :

« [...] a conviction based on circumstantial evidence can be sustained if (1) the circumstances are consistent with the conclusion that the criminal act was committed by the accused and (2) that the facts are such as to be inconsistent with any other rational conclusion than that the accused is the guilty person [...] »³²⁹

La Couronne n'a pas à éliminer toutes les hypothèses possibles compatibles avec l'innocence, mais bien seulement celles qui sont dites *rationnelles* ou *raisonnables* selon le bon sens³³⁰. Suivant la théorie narrative, cela désigne les histoires *plausibles* selon les représentations sociales du *juge des faits*.

Les étapes du raisonnement judiciaire sur les faits prescrites par le droit sont ainsi expliquées de façon claire par la théorie narrative. Le *juge des faits* identifie tout d'abord l'histoire qu'il retient comme la plus *vraisemblable*, et ce, suivant les deux éléments que lui

³²⁸ Rappelons que l'inférence conforme au bon sens est dite rationnelle par le droit. Voir *supra*, p. 75.

³²⁹ A. E. POPPLE, préc., note 112, p. 333; voir aussi *Id.*, p. 22; *R. c. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874, par. 89; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, par. 4.

³³⁰ *R. c. Griffin*, préc., note 318, par. 35; S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 31:130; A. T. TUFTS, préc., note 136 à la page 660; P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 258.

permet d'utiliser le droit : la preuve présentée (*couverture*) et son bon sens (*plausibilité*). La vérification de l'atteinte du fardeau de preuve requis intervient après cette évaluation des faits ou, suivant la théorie narrative, après la sélection de l'histoire la plus *vraisemblable*. Le *juge des faits* doit alors vérifier s'il croit à celle-ci hors de tout doute *raisonnable*. Selon le droit, cela signifie qu'il doit conclure qu'il s'agit de la seule inférence rationnelle à tirer de la preuve présentée. Conformément aux notions équivalentes utilisées par la théorie narrative, le *juge des faits* doit juger qu'il s'agit de la seule histoire *plausible* qui émane de la preuve (*couverture*) ou, autrement dit, de la seule histoire *vraisemblable*.

Contrairement à la vision traditionnelle atomiste où la valeur de chaque élément de preuve est évaluée de façon isolée, la théorie narrative suggère une évaluation globale de la preuve par l'appréciation de la vraisemblance relative des histoires pouvant en être inférées. Cela est conforme au droit qui stipule qu'il est erroné d'intimer au jury de se confiner aux éléments de preuve acceptés comme vrais pour tirer une conclusion de fait ou une inférence de la preuve³³¹. Il doit plutôt être instruit de réfléchir sur la preuve à la toute fin du procès seulement, après avoir entendu toute la preuve, et de considérer l'ensemble de cette preuve de façon holistique³³². À première vue, l'instruction au jury qui suit pourrait laisser croire que chacun des éléments de l'infraction doit être prouvé individuellement hors de tout doute raisonnable :

« You must find [the accused] not guilty of the (an) offense (charged) unless Crown counsel proves all the essential elements of that offense beyond a reasonable doubt (in relation to that person). »³³³

Toutefois, une analyse plus poussée du droit révèle que cette instruction doit être comprise comme signifiant que c'est « l'ensemble de la preuve »³³⁴, le « cas complet »³³⁵ ou

³³¹ S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 28:20.50.

³³² *Stewart c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 748; D. WATT, préc., note 139, p. 83, preliminary 33; les auteurs Allen et Leiter font un constat similaire sur l'instruction équivalente américaine dans R. J. ALLEN et B. LEITER, préc., note 90.

³³³ D. WATT, préc., note 139, p. 259, final 12 (soulignements ajoutés).

³³⁴ Voir S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 28:20.50: « *The burden and standard of proof in criminal trials applies to the evidence as a whole and never to individual items.* »; D. WATT, préc., note 139, p. 45, preliminary 17-A: « [...] your job is to decide what conclusions you will reach based upon the evidence as a whole [...] ».

« l'évaluation finale de la culpabilité ou de l'innocence »³³⁶ qui « doit démontrer, hors de tout doute raisonnable, la culpabilité de l'accusé à l'égard de *chacun* des éléments de l'infraction, lesquels sont définis par le libellé de l'infraction. »³³⁷ Ce dont le *juge des faits* doit être convaincu hors de tout doute raisonnable, c'est « en regard de toute la preuve, [...] que les événements se sont passés comme tels [...] »³³⁸.

Le droit prescrit que le jury doit donc décider des événements ou, plus précisément, de « ce qui est arrivé » (*what happened*)³³⁹. Ces termes sont exactement ceux utilisés par Pennington et Hastie pour décrire la question que se posaient spontanément les faux jurés après avoir reçu les instructions de droit par le juge du procès³⁴⁰. C'est donc dire que les données empiriques confirment que les *juges des faits* sont en mesure et respectent effectivement le raisonnement judiciaire sur les faits prescrit par le droit positif. Conformément à la théorie narrative, ce n'est qu'une fois l'histoire la plus *vraisemblable* sélectionnée et la vérification qu'elle satisfait le fardeau de preuve (c'est-à-dire la conclusion qu'il s'agit de la seule histoire *vraisemblable*) qu'il est attendu du *juge des faits* qu'il applique le droit. Pour ce faire, il examine si les faits déterminés (ou l'histoire choisie) contiennent tous les éléments essentiels de l'infraction prévue dans l'accusation³⁴¹.

Nous sommes d'avis que la théorie narrative du procès permet de mieux expliquer le processus de détermination judiciaire des faits et les prescriptions de droit positif sur ce

³³⁵ Voir D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, p. 580: « *The standard of proof beyond a reasonable doubt does not generally apply to individual items of evidence; it applies to the case as a whole.* »; A. E. POPPLE, préc., note 112, p. 13: « *When there is a "reasonable doubt" as to the guilt of the accused on the case "as a whole", the accused is entitled to the "benefit of the doubt".* ».

³³⁶ *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109, par. 23: « [...] *the standard of proof beyond a reasonable doubt applies only to the jury's final evaluation of guilt or innocence and is not to be applied piecemeal to individual items or categories of evidence [...]* ».

³³⁷ P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 573 (accentuation ajoutée et renvois omis); voir aussi *R. c. Morin*, préc., note 129, par. 41; confirmé dans *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72.

³³⁸ *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570 (soulignements ajoutés).

³³⁹ D. WATT, préc., note 139, p. 231, final 2-A: « *Deciding the facts is your job, not mine. [...] You, not I, decide what happened in this case.* ».

³⁴⁰ N. PENNINGTON et R. HASTIE, préc., note 192, 519; R. LEMPERT, préc., note 227, 560.

³⁴¹ Donald C. MURRAY, « The Jury Trial », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 285 à la page 291.

raisonnement que la vision traditionnelle du procès. Puisqu'elle émane de données empiriques provenant d'études menées à partir de vrais procès ainsi que de faux jurés, la théorie narrative permet par ailleurs d'affirmer que les *juges des faits* respectent effectivement les prescriptions juridiques lorsqu'ils tranchent les faits dans un dossier donné. Elle a aussi la valeur ajoutée de préciser l'opération par laquelle ces prescriptions sont effectivement appliquées : le choix d'un récit qu'il tient pour vrai.

3.2 — La théorie narrative du procès et l'idéal traditionnel de la vérité-correspondance

In all of this we are schooling ourselves in the recognition of radical difference in point of view and central experience, in the contingency of language and expectation, in the uncertainty of life, and the inevitability of individual responsibility. And in both telling and reading the stories of our clients and others we make active, in a way that renders them available for scrutiny, the suppositions of our culture — the sense of what is "natural" that inheres in one's mind and marks it as sharing a common world with others.³⁴²

La théorie narrative est avant tout une théorie descriptive du procès. Elle vise à dépeindre ce qui se passe en réalité devant les tribunaux : la globalité de la preuve judiciaire revêt une forme narrative. Dans la présente section, nous recensons les diverses conséquences qu'implique de reconnaître ce fait. Nous y synthétisons les constats d'ores et déjà tirés par les auteurs s'étant penchés sur la théorie narrative du procès tout en ajoutant quelques hypothèses qui nous appartiennent. Nous avons divisé en deux parties ce que, selon nous, la théorie narrative permet de révéler sur la réalité de la pratique judiciaire. La première partie (3.2.1) traite des implications d'une détermination judiciaire des faits basée sur une évaluation de la *vraisemblance* relative des histoires en compétition. La seconde partie (3.2.2) est une relecture narrative des différents aspects du processus judiciaire relatifs à la preuve et qui mènent, ultimement, à la détermination judiciaire des faits, notamment la construction de la théorie de la cause des parties, la sélection des éléments de preuves et leur présentation au procès. En dépeignant de façon réaliste ce qui se passe lors d'un procès, la théorie narrative peut ainsi être mobilisée afin de critiquer la prémisse traditionnelle voulant que la pratique résultant de la stricte application du droit permette effectivement au *juge des faits* de prendre connaissance et de reconnaître les faits qui représentent la Vérité de manière à atteindre la vérité-correspondance.

³⁴² J. B. WHITE, préc., note 149, p. 175.

3.2.1 Une relecture narrative de la détermination judiciaire des faits

Puisque la théorie narrative suppose que le procès est structurellement basé sur l'audition de différentes histoires suivie d'une détermination judiciaire des faits par laquelle le *juge des faits* évalue la *vraisemblance* relative des différentes histoires qui émanent de la preuve, elle implique de s'attarder aux conséquences particulières qu'implique un système judiciaire basé sur les histoires. Outillé de son seul bon sens, le *juge des faits* doit déterminer la véracité des histoires en compétition suivant leur *vraisemblance* plutôt que leur caractère vérifiable. Les histoires peuvent être évaluées et comparées les unes aux autres par le *juge des faits* justement parce qu'elles présentent toutes une structure semblable : la forme narrative³⁴³. Cela implique néanmoins que cette structure est similaire, peu importe la véracité de son contenu³⁴⁴. Une histoire est ainsi *vraisemblable* si elle « sonne » vraie³⁴⁵. Rappelons néanmoins que l'histoire la plus *vraisemblable* n'est pas forcément la plus *vraie*, mais la plus *plausible*, c'est-à-dire la mieux développée structurellement (*cohérence interne*) et la plus conforme aux représentations sociales de l'interprète (*cohérence externe*). Une histoire *plausible* doit par ailleurs suffisamment couvrir la preuve présentée au procès (*couverture*) pour être sélectionnée comme la plus *vraisemblable*, c'est-à-dire qu'elle doit constituer la meilleure explication de la preuve présentée. Ces 3 éléments (cohérence interne, cohérence externe et couverture) influencent chacun à leur manière le caractère *vraisemblable* des histoires au procès. Cela implique plusieurs conséquences.

Le récit établit des liens logiques entre certains événements en expliquant pourquoi ils sont survenus et quelles en ont été les conséquences à ce qui n'est autrement qu'une succession de faits chronologiques³⁴⁶. En effet, « la vie n'est pas une histoire et ne revêt cette forme que dans la mesure où nous la lui conférons. »³⁴⁷ La construction narrative requise par

³⁴³ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 10.

³⁴⁴ Voir *supra*, p. 46. Voir aussi R. GRUNEWALD, préc., note 188, 369; L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 302; H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 149; J. BRUNER, préc., note 189, p. 44-45.

³⁴⁵ Voir J. BRUNER, préc., note 252 à la page 46; A. G. AMSTERDAM et J. S. BRUNER, préc., note 247, p. 30; B. S. JACKSON, préc., note 191, p. 11.

³⁴⁶ F. REVAZ, préc., note 240, p. 79.

³⁴⁷ Paul RICŒUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, coll. L'ordre philosophique, Paris, Éditions du Seuil, 2000, p. 311.

le procès implique donc inévitablement que certains faits soient abandonnés au bénéfice d'autres pour que le produit final semble lié³⁴⁸. Une caractéristique importante des histoires est de ne pas avoir de début ou de fin *naturels* puisqu'elles peuvent toujours être reconstruites différemment³⁴⁹. Ces choix sont basés sur ce qui, subjectivement, permet à son auteur de conférer une signification à la suite de faits, ceux-ci ne devenant porteurs de sens qu'une fois assemblés sous forme narrative : « [...] *the past is infused with meaning through the process of narrativization. Facts, in short, don't speak for themselves. They must be interpreted. And interpreting facts as they proceed in time requires turning them into a story.* »³⁵⁰

Les histoires, par opposition à la réalité, sont créées à partir de leur dénouement, transformant les *événements* et *actions* qui les constituent en indices révélateurs de la fin³⁵¹. En distribuant les éléments de façon linéaire, le récit suggère un lien causal entre eux³⁵², permettant ainsi à toute histoire de remplir sa fonction explicative³⁵³. Une conséquence inhérente au fait d'avoir recours à la forme narrative au tribunal est donc l'imputation d'une causalité entre les faits qui se succèdent :

« Tout laisse à penser, en effet, que le ressort de l'activité narrative est la confusion même de la consécution et de la conséquence, ce qui vient *après* étant lu dans le récit comme *causé par*; le récit serait, dans ce cas, une application systématique de l'erreur logique dénoncée par la scolastique sous la formule *post hoc, ergo propter hoc*, qui pourrait bien être la devise du Destin, dont le récit n'est en somme que la « langue » [...] »³⁵⁴

³⁴⁸ R. GRUNEWALD, préc., note 188, 372.

³⁴⁹ William LABOV, « Where Should I Begin? », dans Deborah SCHIFFRIN, Anna DE FINA et Anastasia NYLUND (dir.), *Telling Stories : Language, Narrative, and Social Life*, coll. Georgetown University Round Table on Languages and Linguistics Series, Washington, Georgetown University Press, 2010, p. 7 à la page 7. Cet auteur répond à la question posée par le titre de son chapitre en expliquant qu'avant que l'histoire soit racontée, il y a d'abord construction d'une chaîne causale entre certains événements; R. K. SHERWIN, préc., note 151; K. L. SCHEPPELE, préc., note 237, 2094; J. A. ROBINSON et L. HAWPE, préc., note 221 à la page 118; J. B. WHITE, préc., note 149, p. 174.

³⁵⁰ H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 155; voir aussi Paul RICŒUR, « La fonction narrative », (1979) 54-2 *Études Théologiques Relig.* 209, 214. Sur la capacité des histoires à conférer du sens, voir *supra*, p. 53.

³⁵¹ P. BROOKS, préc., note 150, 26; P. BROOKS, préc., note 249, 93.

³⁵² H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 42; sur la forme narrative dont l'aspect explicatif suggère une certaine causalité, voir aussi J. A. ROBINSON et L. HAWPE, préc., note 221 à la page 111.

³⁵³ Voir *supra*, p. 68.

³⁵⁴ R. BARTHES, préc., note 240, 10; P. BROOKS, préc., note 249, 94; en narratologie, « *post hoc ergo propter hoc fallacy* » est défini comme « *[a] confusion, denounced by scholasticism, between consecutiveness and*

Dans un procès criminel, les conséquences de l'*action* reprochée sont toujours connues d'avance : on cherche à connaître l'histoire entourant cette *action* pour en identifier les indices annonciateurs afin d'inférer, au minimum, la dimension psychique de l'*action*³⁵⁵. Pour conclure à la *cohérence interne* d'une histoire présentée, le *juge des faits* doit être d'avis qu'elle est complète et exempte de contradictions³⁵⁶, des constats guidés par ses attentes en matière narrative. Puisqu'il en connaît déjà le dénouement, une histoire paraîtra au *juge des faits* cohérente lorsque, « [p]ortant le regard en arrière, de la conclusion vers les épisodes qui y conduisent, [il pourra] dire que cette fin *exigeait* de tels événements et une telle chaîne d'action. »³⁵⁷

Une attente narrative découlant de la causalité inhérente à toute histoire est le procédé littéraire du fusil de Tchekhov. Il stipule que si une arme est présentée dans la première scène, elle doit forcément être déchargée dans la troisième, puisqu'en soulignant la présence de l'arme, l'auditoire s'attend à ce qu'elle soit utilisée d'une manière ou d'une autre et demeurerait insatisfait du contraire³⁵⁸. Cette attente narrative particulière augmente le caractère *vraisemblable* d'une histoire qui la comble sans égard à son caractère vrai. Pourtant, et contrairement aux récits, il survient dans la réalité des événements non pertinents aux suivants et des coïncidences sans relation causale ou explicative³⁵⁹. À titre d'exemple, si le fait d'entretenir une relation extraconjugale ou de contracter une assurance vie survient de manière rapprochée dans le temps du décès d'un conjoint, la loi de Tchekhov implique que la coexistence de ces faits rende plus *cohérente* l'histoire qui offre une explication causale plutôt que celle qui soulève la coïncidence :

consequence » (accentuations omises), dans G. PRINCE, préc., note 231, p. 78; voir aussi H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 43.

³⁵⁵ Voir *supra*, p. 70.

³⁵⁶ Voir *supra*, p. 48. Voir W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 66 et suiv.

³⁵⁷ P. RICŒUR, préc., note 350, 212.

³⁵⁸ H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 60.

³⁵⁹ Alan M. DERSHOWITZ, « Life Is Not a Dramatic Narrative », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 99; Peter BROOKS, « The Law as Narrative and Rhetoric », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 14 à la page 18.

« Life is not a purposive narrative that follows Chekhov's canon. Events are often simply meaningless, irrelevant to what comes next; events can be out of sequence, random, purely accidental, without purpose. If our universe and its inhabitants are governed by rules of chaos, randomness, and purposelessness, then many of the stories — if they can even be called stories — will often lack meaning. Human beings always try to impose order and meaning on destiny. This desperate attempt to derive purpose from purposelessness will often distort reality, as, indeed, Chekhov's canon does.

In Chekhovian drama, chest pains are followed by heart attacks, coughs by consumption, life insurance policies by murders, telephone rings by dramatic messages. In real life, most chest pains are indigestion, coughs are colds, insurance policies are followed by years of premium payments, and telephone calls are from marketing services. »³⁶⁰

Une autre illustration de cette attente narrative peut être le procès d'un homme accusé du meurtre de sa femme. La mise en preuve du fait que l'homme a déjà violenté sa femme auparavant engendre une inférence de causalité alors que dans la réalité, la majorité des hommes violents ne tuent pas leur femme³⁶¹. Il est possible de faire un rapprochement entre cette attente du *juge des faits* pour une *cohérence interne* narrative et le « biais de rétrospective » identifié par la psychologie judiciaire. Ce biais veut que les individus qui connaissent les événements subséquents à une *action* en surestiment le caractère prévisible puisqu'ils réfléchissent sur le passé sans être conscients que leur perception est teintée par les nouvelles informations³⁶². Ainsi, le fait que l'homme ait été violent avec sa

³⁶⁰ A. M. DERSHOWITZ, préc., note 359 aux pages 100-101; Grunewald donne l'exemple de deux amis qui sont devenus suspects d'un meurtre puisqu'ils ont déclaré à haute voix dans un restaurant prendre un verre en mémoire de la victime d'un meurtre survenu quelques jours plus tôt. Sous la pression, un des individus a faussement confessé avoir commis le crime avec son ami et les 2 individus ont passé 12 ans en prison avant d'être exonérés. Alors que la déclaration au restaurant était en réalité dénuée de fondements, elle soutenait plus plausiblement l'histoire de leur culpabilité que de leur innocence. Voir R. GRUNEWALD, préc., note 188, 378.

³⁶¹ L'auteur Dershowitz tire cet exemple du procès d'O.J. Simpson. Voir : A. M. DERSHOWITZ, préc., note 359 à la page 103; pour une illustration de la tendance humaine à croire qu'il n'y a pas de fumée sans feu et à en déduire des liens de causalité sans fondement, voir Ton DERKSEN et Monica MEIJING, « The Fabrication of Facts: The Lure of the Incredible Coincidence », dans Hendrik KAPTEIN, Henry PRAKKEN et Bart VERHEIJ (dir.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Burlington, Ashgate Publishing, 2009, p. 39. Les auteurs rapportent le cas d'une infirmière reconnue coupable aux Pays-Bas de 7 meurtres et 3 tentatives de meurtre sur la preuve qu'elle travaillait à l'hôpital lorsque sont survenus ces 10 incidents suspects, alors qu'elle n'a travaillé que 142 périodes de travail sur les 1 029 couvrant l'année. Au procès, il a été prétendu que les chances que l'infirmière soit présente à ces 10 incidents par coïncidence étaient de 1 sur 342 000. Les auteurs démontrent que si les chances que cette coïncidence soit survenue sont très minces, les probabilités que ces incidents aient été des meurtres et qu'ils aient été commis par l'accusée sont encore plus minces.

³⁶² K. A. FINDLEY, préc., note 38 à la page 310; voir aussi K. A. FINDLEY, préc., note 31, 899; D. CARSON, R. MILNE, F. PAKES, K. SHALEV et A. SHAWYER (dir.), préc., note 22, p. 201.

femme ne devient pertinent à l'histoire puisqu'explicatif — voire causal — seulement parce qu'elle est décédée. Puisque ce fait a été sélectionné *a posteriori* comme suffisamment lié au décès pour être rapporté dans son histoire, il est par réflexe narratif considéré comme un indice révélateur du décès. Cette confusion est illustrée avec éloquence par Jean-Paul Sartre dans le passage suivant :

« Comme s'il pouvait y avoir des histoires vraies; les événements se produisent dans un sens et nous les racontons en sens inverse. On a l'air de débiter par le commencement : « C'était par un beau soir de l'automne de 1922. J'étais clerc de notaire à Maromme. » Et en réalité c'est par la fin qu'on a commencé. Elle est là, invisible et présente, c'est elle qui donne à ces quelques mots la pompe et la valeur d'un commencement. « Je me promenais, j'étais sorti du village sans m'en apercevoir, je pensais à mes ennuis d'argent. » Cette phrase, prise simplement pour ce qu'elle est, veut dire que le type était absorbé, morose, à cent lieues d'une aventure, précisément dans ce genre d'humeur où on laisse passer les événements sans les voir. Mais la fin est là, qui transforme tout. Pour nous, le type est déjà le héros de l'histoire. Sa morosité, ses ennuis d'argent sont bien plus précieux que les nôtres, ils sont tout dorés par la lumière des passions futures. Et le récit se poursuit à l'envers : les instants ont cessé de s'empiler au petit bonheur les uns sur les autres, ils sont happés par la fin de l'histoire qui les attire et chacun d'eux attire à son tour l'instant qui le précède : « Il faisait nuit, la rue était déserte. » La phrase est jetée négligemment, elle a l'air superflue; mais nous ne nous y laissons pas prendre et nous la mettons de côté : c'est un renseignement dont nous comprendrons la valeur par la suite. Et nous avons le sentiment que le héros a vécu tous les détails de cette nuit comme des annonces, comme des promesses, ou même qu'il vivait seulement ceux qui étaient des promesses, aveugle et sourd pour tout ce qui n'annonçait pas l'aventure. Nous oublions que l'avenir n'était pas encore là; le type se promenait dans une nuit sans présages, qui lui offrait pêle-mêle ses richesses monotones et il ne choisissait pas. »³⁶³

La logique narrative captée par la loi de Tchekov n'affecte pas seulement la perception par le *juge des faits* de la *cohérence interne* d'une histoire, mais aussi l'évaluation qu'il fait de sa *couverture*. Conformément à la tendance humaine à présupposer que quelque chose est énoncé parce qu'il est pertinent, une fois qu'une preuve est présentée au procès, le *juge des faits* cherche à lui conférer un sens³⁶⁴. L'histoire d'une partie incapable d'expliquer une preuve sera ainsi jugée insatisfaisante par rapport à celle qui l'explique et cela même si cet élément n'avait dans la réalité aucun lien causal ou explicatif avec les autres. C'est ce qui explique que

³⁶³ Jean-Paul SARTRE, *La nausée*, coll. Folio, Barcelone, Gallimard, 2006, p. 65-66; voir aussi P. BROOKS, préc., note 249, 93.

³⁶⁴ L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 307.

la *vraisemblance* des histoires en compétition varie selon leur capacité à expliquer le maximum de preuve, ce que Pennington et Hastie ont désigné comme étant la *couverture*.

Les aventures de Sherlock Holmes ou les romans d'Agatha Christie sont des démonstrations particulièrement exacerbées de la loi de Tchekov, chaque indice abordé dans l'histoire devant être considéré (*couverture*) pour mener à la découverte finale qui paraît inévitable lorsque chacun des indices est interprété à la lumière des autres (*cohérence interne*). Ces histoires postulent un monde qu'il est possible d'appréhender et qu'en ayant recours à des règles logiques universelles pour analyser chaque détail porté à notre attention, il est possible de mettre fin à l'inconnu et d'atteindre une certitude³⁶⁵. Ces histoires sont purgées de la fatalité de la réalité :

« History, with its emphasis on external causes, is dominated by the notion of fatality, whereas there is no fatality in the novel; there everything is founded on human nature, and the dominating feeling is of an existence where everything is intentional, even passions and crimes, even misery. »³⁶⁶

Il est possible d'émettre l'hypothèse que les romans policiers et les arguments juridiques sont particulièrement appréciés notamment en raison de la satisfaction que procure la démonstration du caractère inévitable des conséquences d'une suite de faits donnée, permettant d'attribuer un but aux événements et, ainsi, une signification³⁶⁷. Cette fonction créatrice de sens des histoires est par ailleurs la raison particulière de leur mobilisation dans la vie sociale³⁶⁸ et, nous ajoutons : au procès. Rappelons que le recours aux histoires trouve sa source dans le besoin existentiel d'attribuer un sens aux *événements* et *actions* plutôt que d'admettre le passage du temps chaotique³⁶⁹. À l'échelle individuelle, la schématisation de

³⁶⁵ P. BROOKS, préc., note 249, 85; R. K. SHERWIN, préc., note 154, 688.

³⁶⁶ Il s'agit des propos d'un critique français rapportés dans Samuel R. GROSS, « Make-Believe: The Rules Excluding Evidence of Character and Liability Insurance », (1998) 49-3 *Hastings Law J.* 843, 853.

³⁶⁷ P. BROOKS, préc., note 249, 76 et 87.

³⁶⁸ Voir *supra*, p. 53.

³⁶⁹ P. BROOKS, préc., note 249; voir aussi H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 41, rapportant les propos suivant de l'auteur Robert Musil : « *Most people relate to themselves as storytellers... they love the orderly sequence of facts because it has the look of necessity, and the impression that their life has a "course" is somehow their refuge from chaos.* ».

l'expérience sous forme narrative participe à la construction de l'identité³⁷⁰. C'est d'ailleurs sur la croyance que l'homme a entièrement le pouvoir de décider et de contrôler ses *actions*, sur la conception d'un monde exempt de fatalité, que le principe de la responsabilité criminelle repose :

« The notion that a court should not find a person guilty of an offence against the criminal law unless he has a blameworthy state of mind is common to all civilized penal systems. It is founded upon respect for the person and for the freedom of human will. A person is accountable for what he wills. When, in the exercise of the power of free choice, a member of society chooses to engage in harmful or otherwise undesirable conduct proscribed by the criminal law, he must accept the sanctions which that law has provided for the purpose of discouraging such conduct. Justice demands no less. »³⁷¹

La théorie narrative du procès est ainsi mobilisée par certains auteurs afin de mettre en lumière une exigence implicite du procès criminel canadien : la majeure partie de la preuve présentée (*couverture*) doit être expliquée de façon cohérente (*cohérence interne*) par l'histoire proposée par une partie. La structure narrative des faits présentés au procès invite les parties à purger leurs histoires de tout hasard et à expliquer la relation entre des faits qui n'ont pas forcément de lien entre eux dans la réalité extérieure. Ainsi, si les coïncidences sont toujours possibles, elles ne sont pas *plausibles* et c'est ce qui fait que le *juge des faits* a le devoir de les écarter systématiquement. Bentham relevait que le recours au *bon sens* comme outil de détermination des faits a pour but de permettre au *juge des faits* d'évaluer la conformité des faits avancés par les parties avec ce qui survient *normalement* dans la réalité³⁷². Écarter le hasard de l'éventail des possibilités est ce qu'exige le droit considérant que les faits doivent être tranchés en évaluant, grâce au *bon sens*, leurs chances (ou probabilités) qu'ils se soient déroulés de la manière suggérée par une partie. La Cour suprême du Canada explique ainsi la valeur probante de la preuve circonstancielle : « *[it] lies in its ability to support, through the improbability of coincidence, other inculpatory evidence.* »³⁷³

³⁷⁰ Voir A. P. KERBY, préc., note 220; T. R. SARBIN (dir.), préc., note 220; cela est tout aussi vrai à l'échelle sociale. Voir A. P. KERBY, préc., note 220, p. 53.

³⁷¹ *Leary c. La reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, 34 (soulignements ajoutés).

³⁷² J. BENTHAM, préc., note 121, p. 112.

³⁷³ *R. c. Arp*, préc., note 124, par. 72.

Une détermination judiciaire des faits basée sur l'évaluation de la *vraisemblance* des histoires par le *juge des faits* n'incite donc pas les parties à fournir l'histoire qu'elles croient conforme à la Vérité, mais plutôt d'opter pour celle qui a le potentiel d'expliquer le maximum de preuve, incluant celle présentée par l'autre partie (*couverture*), de façon cohérente tout en évacuant tout appel au hasard ou à la coïncidence (*plausibilité*).

La théorie narrative révèle aussi l'importance des représentations sociales. En permettant d'articuler où et comment le « bon sens » intervient dans l'évaluation des faits, les conséquences de sa mobilisation sont plus facilement identifiables. Les représentations sociales du *juge des faits* ont d'abord un impact sur son interprétation de la preuve tout au long du procès. Elles lui permettent d'évaluer la valeur probante d'un élément de preuve au moment de sa présentation en vérifiant l'insertion du fait qu'elle suggère dans les histoires émergentes³⁷⁴. Le fait est ainsi jugé *plausible* si le *juge des faits* partage les représentations sociales à la base de la définition du fait qu'elle implique ou des inférences nécessaires à tirer pour qu'il s'imbrique dans l'histoire qu'il soutient³⁷⁵. Dans le cas contraire, cette preuve risque d'être mise de côté, voire oubliée, faute d'avoir été encodée sous forme narrative³⁷⁶. À plus long terme dans le processus décisionnel, cela rend moins probable que l'histoire que soutenait cette preuve soit retenue comme *plausible* ou fondée dans la preuve présentée (*couverture*).

Au-delà de l'évaluation de la preuve, les représentations sociales du *juge des faits* interviennent aussi lors de son évaluation de la *plausibilité* globale d'une histoire. Les personnes ayant une compréhension différente de la société et de ses normes, tirée d'expériences différentes, peuvent être en désaccords sur la *plausibilité* d'une même histoire³⁷⁷. L'influence des représentations sociales du *juge des faits* sur sa compréhension est particulièrement apparente lorsque la suite de faits n'est pas contestée au procès et que seul le

³⁷⁴ Voir *supra*, p. 53

³⁷⁵ Il ne faut pas non plus que la règle de bon sens sur laquelle repose l'inférence ouvre la porte à trop de possibilités et rende impossible de tirer cette inférence plutôt qu'une autre ou encore qu'elle soit en contradiction avec d'autres représentations sociales aussi mobilisées dans la même histoire. Voir W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 68.

³⁷⁶ Ce qui n'est pas structuré sous forme narrative est plus difficilement mémorisé. Voir J. BRUNER, préc., note 189, p. 56.

³⁷⁷ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 171.

sens attribuable à ces faits — notamment l'élément psychique des *actions* — est contesté. Cela survient parfois entre les membres d'une même cour, en l'occurrence, dans le cas suivant, de la Cour suprême du Canada :

« Not everyone sees the world the same way. In *R. v. White* [2011] 1 R.C.S. 433] the Supreme Court of Canada split badly because of this. Some judges found that the failure of the accused to hesitate before running away after his illegal handgun discharged was logically more consistent with an intentional shooting than the accidental shooting the accused claimed. Other judges found this inference to be entirely speculative. “It seems to me every bit as plausible to conclude,” said Justice Binnie, “that a person in possession of an illegal handgun that just shot a stranger — accidentally or otherwise — would run away as fast and as far as he could without any hesitation.” »³⁷⁸

Les études empiriques démontrent que si différents jurés qui écoutent la même preuve arrivent à des histoires différentes, c'est en raison de leurs représentations sociales distinctes³⁷⁹. Les chercheurs Pennington et Hastie présentent à titre d'exemple le cas de la victime A, un homme de grande stature et réputé pour être agressif, poignardé par B lors d'une rencontre entre les deux hommes³⁸⁰. Un premier faux juré infère de l'agressivité de la victime A qu'elle a dû engendrer de la peur chez B pour que B la poignarde. Un autre faux juré, d'avis que la réponse usuelle à l'agressivité est plutôt la colère que la peur, conclut que l'agressivité de la victime A a dû heurter la fierté de B pour que ce dernier la poignarde. Dans le premier cas, le juré infère du contexte un état psychique de peur à l'action de poignarder de B alors que dans la seconde histoire, l'état psychique inféré est la colère. Ces deux états psychiques donnent ouverture à des défenses en droit de nature différente, soit la légitime défense ou la provocation, chacune ayant des fardeaux de preuve et des effets juridiques distincts. Un autre exemple de l'importance des représentations sociales dans la même histoire est le fait que B ait eu un couteau sur lui en entrant dans le bar qu'il savait fréquenté par A et avec lequel il avait eu un différend quelques heures auparavant. Ce fait permet-il d'inférer la planification du meurtre de A par B considérant qu'une bagarre a suivi la rencontre des 2 hommes?³⁸¹ Cela dépend de la *plausibilité* que le *juge des faits* accorde au fait de se promener en tout temps

³⁷⁸ D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, p. 33.

³⁷⁹ R. HASTIE et N. PENNINGTON, préc., note 198 à la page 196; N. PENNINGTON et R. HASTIE, préc., note 192, 525.

³⁸⁰ R. HASTIE et N. PENNINGTON, préc., note 198 aux pages 195-196.

³⁸¹ Voir R. LEMPERT, préc., note 227, 571.

avec un couteau sur soi. Selon Pennington et Hastie, cette croyance se révèle statistiquement liée au milieu social du *juge des faits*³⁸². Entre différents groupes sociaux, il peut ainsi y avoir exacerbation des différences de représentations sociales, que ce soit les normes et croyances sur la nature humaine, le fonctionnement des institutions ou le comportement social acceptable³⁸³. Il est important de noter que les différences de représentations sociales n'ont pas forcément un impact sur le verdict dans tous les dossiers, puisque les enjeux clés d'un cas donné peuvent tomber dans l'éventail des représentations sociales partagées par les différents participants au procès³⁸⁴.

Parmi les représentations sociales du *juge des faits* figurent par ailleurs les histoires stéréotypées ou « prototypes »³⁸⁵ qui ont tendance à être acceptées facilement comme *plausibles* parce qu'elles sont familières, rassurantes ou mémorables³⁸⁶. Une partie a ainsi avantage à présenter une histoire socialement connue³⁸⁷ afin de bénéficier du capital émotionnel important qu'elle suppose, en s'appuyant sur des peurs et désirs ancrés dans l'imaginaire collectif³⁸⁸. L'exemple du cas *Mark Jensen* rapporté précédemment³⁸⁹ fait ainsi appel à plusieurs histoires prototypes, que ce soit celle de la relation abusive, de la passion qui mène au meurtre ou de la vengeance d'une victime d'adultère. En reposant sur des représentations sociales largement partagées, ces histoires prototypes acquièrent une force narrative particulière en donnant l'impression qu'elles ont forcément dû survenir³⁹⁰. Ainsi, le procès fortement médiatisé de O.J. Simpson mettait en scène 3 histoires bien implantées dans la culture américaine : la défense misait sur celle de l'individu minorisé puni injustement par

³⁸² N. PENNINGTON et R. HASTIE, préc., note 192, 556.

³⁸³ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 175; F. REVAZ, préc., note 240, p. 41.

³⁸⁴ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 178.

³⁸⁵ Une histoire prototype est une déviation à un script reconnaissable. Voir J. BRUNER, préc., note 252 à la page 48; elle inclut les métarécits (mythologie, religions, etc.). Voir A. P. KERBY, préc., note 220, p. 62; en narratologie, on parle parfois de « *master narrative* », « *masterplot* », « *canonical story* » ou « *archetype* ». Voir H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 47.

³⁸⁶ Voir W. TWINING, préc., note 59, p. 283; K. L. SCHEPPELE, préc., note 237, 2094.

³⁸⁷ Pour de nombreuses références sur l'importance pour le plaideur de connaître la culture populaire afin de communiquer efficacement au tribunal, voir L. LEDWON, préc., note 245, 1157.

³⁸⁸ Voir H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 46.

³⁸⁹ Voir *supra*, p. 63.

³⁹⁰ K. L. SCHEPPELE, préc., note 237, 2094.

les forces de l'ordre pour être sorti de la place que la société lui réservait alors que le procureur de l'État soulevait celles de la femme battue violemment une fois de trop et celle du traitement injustement privilégié des célébrités américaines³⁹¹. Entre différentes histoires prototypes, le *juge des faits* peut avoir une tendance naturelle à accorder davantage de *plausibilité* à celle qui correspond le mieux à ce qu'il connaît, la jugeant plus susceptible d'être survenue qu'une autre³⁹².

Le recours à une histoire prototype qui fait d'ores et déjà partie des représentations sociales n'augmente pas simplement la *plausibilité* d'une histoire donnée, mais a aussi un impact sur la perception et la compréhension de la preuve puisque les histoires agissent aussi comme structure d'organisation et d'interprétation. Les histoires prototypes ou les scripts invoqués jouent alors le rôle de « schémas », entendu suivant la définition qu'en donne la psychologie cognitive, soit « [...] a modifiable information structure that represents generic concepts stored in memory [...] use to interpret instances of related knowledge [...] »³⁹³. Utilisés à titre de schémas, les histoires, scripts et personnages stéréotypés permettent aux êtres humains de traiter une personne, une *action* ou une suite d'*actions* comme si elle était semblable à d'autres, déjà traitées, de sorte à économiser de l'énergie mentale³⁹⁴. Cette économie résulte du fait que les caractéristiques, inférences ou présuppositions de la catégorie prototype sont attribuées à l'objet catégorisé³⁹⁵, au détriment néanmoins des caractéristiques propres à l'objet particulier :

³⁹¹ Voir notamment H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 49 et suiv.; A. M. DERSHOWITZ, préc., note 359 à la page 103; Hastie estime que l'évaluation distincte de la *plausibilité* de ces histoires par les américains blancs par rapport aux américains noirs démontre l'importance des représentations sociales dans cette évaluation ainsi que l'applicabilité du *Story Model*. Voir R. HASTIE, préc., note 214, 230.

³⁹² R. K. SHERWIN, préc., note 151, 54.

³⁹³ R. GLASER, préc., note 225, 100; plusieurs termes sont utilisés dans la littérature pour référer au concept de schéma tel que mobilisé dans le présent mémoire. Les notions de « *frames* », « *nuclear scenes* » et « *prototypes* » peuvent tout autant être valables. Voir à cet égard R. NISBETT et L. ROSS, préc., note 275, p. 28; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 18; P. CHARAUDEAU et D. MAINGUENEAU (dir.), préc., note 269, p. 520-521.

³⁹⁴ Notre traduction de l'expression « *mental economy* » des auteurs A. G. AMSTERDAM et J. S. BRUNER, préc., note 247, p. 21; voir aussi C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 48.

³⁹⁵ A. G. AMSTERDAM et J. S. BRUNER, préc., note 247, p. 49; R. NISBETT et L. ROSS, préc., note 275, p. 33.

« Few, if any, stimuli are approached for the first time by the adult. Instead, they are processed through preexisting systems of schematized and abstracted knowledge-beliefs, theories, propositions, and schemas. These knowledge structures label and categorize objects and events quickly and, for the most part, accurately. They also define a set of expectations about objects and events and suggest appropriate responses to them. A price is paid for this mental economy, however. The knowledge structures themselves are not infallible guides to the nature of physical or social reality. Some beliefs, theories, and schemas are relatively poor and inaccurate representations of the external world. »³⁹⁶

Il est dans l'essence des histoires de faire appel à des modèles préexistants de sorte que certains faits soient implicitement tenus pour acquis ou sous-entendus³⁹⁷. En travaillant avec des histoires, le procès implique inévitablement le recours à des histoires prototypes et des stéréotypes à titre de schémas structurants. Un coût important associé à ce procédé est que ces schémas ne représentent pas nécessairement la réalité et détournent inévitablement le *juge des faits* des particularités distinctives du cas en cause³⁹⁸.

La référence à des histoires prototypes a aussi comme risque particulier de réduire les protagonistes du cas d'espèce aux stéréotypes que ces histoires mobilisent³⁹⁹. Elle peut aussi camper les positions des parties dans une vision dichotomique du bien et du mal par ailleurs exacerbée par la structure oppositionnelle du procès contradictoire : « *Much of the power of these particular masterplots, as with so many, is their moral force. They create an image of the world in which good and evil are clearly identifiable, and in which blame can fall squarely on one party or another.* »⁴⁰⁰

Puisqu'une histoire doit être *plausible* et présenter une bonne *couverture* pour être retenue par le *juge des faits*, la théorie narrative révèle qu'une histoire a plus de chances au tribunal lorsqu'elle couvre le maximum de la preuve présentée, lorsqu'elle rend les preuves cohérentes — voire causales — entre elles, lorsqu'elle évacue tout appel au hasard et lorsque

³⁹⁶ R. NISBETT et L. ROSS, préc., note 275, p. 7 (soulignements ajoutés).

³⁹⁷ L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 287.

³⁹⁸ R. NISBETT et L. ROSS, préc., note 275, p. 42; traitant particulièrement du cas du script, voir *Id.*, p. 34-35: « *The importance of script to the intuitive scientist lies in the speed and ease with which they make events (or secondhand accounts of events) readily comprehensible and predictable. Their potential cost, as always, is the possibility of erroneous interpretations, inaccurate expectations, and inflexible modes of response.* ».

³⁹⁹ H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 185; R. NISBETT et L. ROSS, préc., note 275, p. 35.

⁴⁰⁰ H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 48; voir aussi C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 21.

ses éléments constitutifs sont *plausibles* suivant les représentations sociales particulières du *juge des faits*. La théorie narrative permet de comprendre que pour être retenue par le *juge des faits*, une histoire est mieux d'être *vraisemblable* plutôt que *vraie* lorsque ces deux notions ne sont pas équivalentes⁴⁰¹. Ce constat tend à invalider la prémisse de la vision traditionnelle du procès selon laquelle le processus judiciaire est conçu de sorte à favoriser la détermination judiciaire de la vérité-correspondance. La théorie narrative révèle ainsi les exigences implicites du système judiciaire pour une histoire complète, cohérente, logique, socialement plausible et dénuée de hasard. Cela n'est pourtant pas nouveau. En 1956, le sociologue Harold Garfinkel soulignait déjà la nécessité que les faits d'un dossier judiciairisé soient conformes à une histoire prototype et que l'indéterminisme propre à la réalité en soit évacué pour qu'il fasse son chemin au tribunal:

« The preferences must not be for event A over event B, but for event of type A over event of type B. The same typing must be accomplished for the perpetrator. Event and perpetrator must be defined as instances of a uniformity and must be treated as a uniformity throughout the work of the denunciation. The unique, never recurring character of the event or perpetrator should be lost. Similarly, any sense of accident, coincidence, indeterminism, chance, or monetary occurrence must not merely be minimized. Ideally, such measures should be inconceivable; at least they should be made false. »⁴⁰²

En plus de rendre apparents certaines exigences implicites mais non pas moins essentielles du procès criminel contradictoire, la théorie narrative a par ailleurs l'avantage de permettre d'aller au-delà du cadre restreint de la stricte preuve présentée au procès pour analyser comment une histoire est sélectionnée et retravaillée par les parties avant que sa *vraisemblance* soit évaluée par le *juge des faits*. En jetant un regard critique sur le processus de sélection de la preuve en amont du procès, la perspective narrative permet de remettre en question la prétention traditionnelle voulant qu'au moins une des théories en compétition au procès représente suffisamment la Vérité pour permettre au *juge des faits* d'atteindre la vérité-correspondance.

⁴⁰¹ J. E. LARSON, préc., note 156, 187.

⁴⁰² Harold GARFINKEL, « Conditions of Successful Degradation Ceremonies », (1956) 61-5 *Am. J. Sociol.* 420, 422 (soulignements ajoutés).

3.2.2 Une relecture narrative du processus judiciaire

*In short, a trial consists of fragmented narratives and narrative multiplicity. [...] [Reality] is always disassembled into multiple, conflicting, and partly overlapping versions, each version presented as true, each fighting to be declared "what really happened" [...]. It is the fragmentation and contending multiplicities of narrative, regulated by special rules of narrative form and shaping, that mark the central distinctiveness of narratives at trial [...]*⁴⁰³

L'image du procès comme d'un duel⁴⁰⁴, un débat⁴⁰⁵ ou un concours⁴⁰⁶ dans lequel le juge a un rôle d'arbitre — un peu comme dans le monde du sport⁴⁰⁷ — n'est pas propre à la théorie narrative et est largement utilisée pour décrire le procès contradictoire. Même les tenants de la vision traditionnelle n'hésitent pas à décrire le procès ainsi, bien qu'ils soient d'avis que cela permet au *juge des faits* d'atteindre la vérité-correspondance :

« The adversarial process implies that two parties assume antagonistic positions in debating the guilt or innocence of an accused person. In such a contest judges are supposed to be neutral, as if umpiring a football game in which the prosecution and the defense are contestants. Each side, of course, is hoping to win. When the two parties take opposing positions, debate the merits of each position and introduce evidence supporting their own position, all relevant facts should emerge. It is assumed within the adversarial model that, in order that truth be known, a combative process is more effective than a co-operative one. »⁴⁰⁸

Il est ainsi inhérent à un procès de nature contradictoire de pousser les parties aux intérêts opposés à travailler de manière conflictuelle : le procureur de la Couronne pour

⁴⁰³ P. GEWIRTZ, préc., note 246 à la page 8.

⁴⁰⁴ R. E. SALHANY, préc., note 119, p. 266.

⁴⁰⁵ P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 533; J. DUCROS, préc., note 113 à la page 1.

⁴⁰⁶ T. QUIGLEY, préc., note 37, n^{os} 21.5(1), p. 21-11; *Id.*, n^{os} 2.2, p. 2-10; F. P. HOSKINS, préc., note 115 à la page 204; P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 7.

⁴⁰⁷ F. P. HOSKINS, préc., note 115 à la page 204; William T. PIZZI, « Sentencing in the US: An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body? », dans John JACKSON, Máximo LANGER et Peter TILLERS (dir.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 65 à la page 67.

⁴⁰⁸ D. STUART et T. QUIGLEY, préc., note 300, p. 580 (soulignements ajoutés); D. C. PERRIER, préc., note 118 à la page 5; voir aussi J. FRANK, préc., note 59, p. 80: « Many lawyers maintain that the "fight" theory and the "truth" theory coincide. ».

obtenir une condamnation et l'avocat de la défense pour bloquer ces efforts⁴⁰⁹. En ce qui concerne la défense, elle a expressément pour rôle de faire tout ce qui est légalement possible pour contrecarrer la condamnation recherchée par l'État⁴¹⁰. Le droit est plus nuancé en ce qui a trait à la Couronne. Son but n'est pas d'obtenir une condamnation à tout prix, mais plutôt que la Vérité soit découverte et que justice soit faite⁴¹¹. Néanmoins, puisque les procureurs de la Couronne ne doivent poursuivre les procédures criminelles contre un accusé que lorsqu'ils sont « moralement convaincus » de sa culpabilité⁴¹², la condamnation de cet accusé doit être leur objectif tant qu'ils n'abandonnent pas la poursuite criminelle contre lui parce que condamner un coupable est ce qui permet que justice soit rendue⁴¹³. En effet, s'ils ne sont plus moralement convaincus de la culpabilité de l'accusé, les procureurs de l'État doivent abandonner les poursuites. Tant qu'un accusé est poursuivi, la justice est donc servie par sa condamnation. Cette adéquation entre la justice et la condamnation est bien illustrée par cette recommandation d'un guide américain adressé aux procureurs de l'État : « *Most jurors want to reach a fair and just decision. Your job is to help them achieve that goal by finding the defendant guilty. You must sell yourself and your case.* »⁴¹⁴ Par ailleurs, la structure même du procès contradictoire impose aux procureurs de la Couronne de rechercher une condamnation. Si, comme représentant de l'État, ils doivent rechercher la justice, comme avocat adverse à la

⁴⁰⁹ Mirjan R. DAMASKA, « Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study », (1972) 121 *Univ. Pa. Law Rev.* 506, 563.

⁴¹⁰ T. QUIGLEY, préc., note 37, n^{os} 21.5(c)(ii), p. 21-16; F. P. HOSKINS, préc., note 115 à la page 203.

⁴¹¹ R. E. SALHANY, préc., note 37, n^o 6.3750; Michel PROULX et David LAYTON, *Ethics and Canadian Criminal Law*, coll. Essentials of Canada Law, Toronto, Irwin Law, 2001, p. 640 et suiv.

⁴¹² DIRECTIVE DU DIRECTEUR DES POURSUITES CRIMINELLES ET PENALES DU QUEBEC, *Accusation - Poursuite des procédures*, ACC-3 DM, art. 6, en ligne : <<http://www.dpcp.gouv.qc.ca/documentation/directives-directeurs.aspx>> (consulté le 25 mai 2016).

⁴¹³ Une fois convaincu de la culpabilité de l'accusé, bien faire son travail pour un procureur de la Couronne est de réussir au procès à faire condamner un criminel. Voir Catherine FERGUSON-GILBERT, « It Is Not Whether You Win or Lose, It Is How You Play the Game: Is the Win-Loss Scorekeeping Mentality Doing Justice for Prosecutors », (2001) 38-1 *Calif. West. Law Rev.* 283.

⁴¹⁴ David I. GILBERT, Michael E. GILFARB et Stephen K. TALPINS, « Basic Trial Techniques for Prosecutors », *National District Attorneys Association* (Mai 2005), p. 7, en ligne : <http://www.ndaa.org/pdf/basic_trial_techniques_05.pdf>.

défense, les procureurs de la Couronne doivent aussi défendre leur théorie vigoureusement si seul un véritable débat contradictoire peut permettre de faire jaillir la Vérité⁴¹⁵.

Suivant la perspective narrative, cette compétition signifie que chaque partie travaille à ce que le *juge des faits* adhère à son histoire plutôt qu'à celle de l'autre partie. Ainsi, la structure contradictoire les encourage forcément à présenter une histoire *vraisemblable* plutôt que factuellement exacte lorsque ces deux notions ne sont pas équivalentes. Même la doctrine traditionnelle reconnaît cette réalité : « *The lawyer is trained to seek success for his client, to win the game. The goal is to present the best picture of the client's position and not the most complete picture.* »⁴¹⁶ Les plaideurs combattent au tribunal pour que leur « théorie de la cause » plutôt que celle de l'autre partie soit retenue par le *juge de faits*. La définition de cette expression dans le *Black's Law Dictionary* est la suivante :

« A comprehensive and orderly mental arrangement of principles and facts, conceived and constructed for the purpose of securing a judgment or decree of a court in favor of a litigant; the particular line of reasoning of either party to a suit, the purpose being to bring together certain facts of the case in a logical sequence and to correlate them in a way that produces in the decision-maker's mind a definite result or conclusion favored by advocate. »⁴¹⁷

Nous sommes d'avis que la théorie de la cause est mieux expliquée par la théorie narrative comme étant l'histoire construite par l'avocat d'une partie dans le but de donner ouverture au droit qu'elle souhaite revendiquer au tribunal⁴¹⁸. Suivant la théorie narrative, ce sont les histoires qui déterminent le verdict et rien d'autre⁴¹⁹. Il est donc logique que ce soit

⁴¹⁵ Ce qui est demandé au procureur de la Couronne dans le système judiciaire canadien est une balance difficile à maintenir entre la poursuite de l'intérêt public de condamner la personne qu'il croit coupable tout en assurant l'objectivité et l'équité de son procès. Voir T. QUIGLEY, préc., note 37, n^{os} 21.5(b), p. 21-13; S. PENNEY, V. RONDINELLI et J. STRIBOPOULOS, préc., note 142, n^o 8.3; pour une perspective canadienne sur les tensions inhérentes à la position de procureur de la Couronne, voir Deborah MACNAIR, « Crown Prosecutors and Conflict of Interest: A Canadian Perspective », (2002) 7 *Rev. Can. Droit Pénal* 257; M. PROULX et D. LAYTON, préc., note 411, p. 647; F. P. HOSKINS, préc., note 115 aux pages 197-198.

⁴¹⁶ D. STUART et T. QUIGLEY, préc., note 300, p. 580; voir aussi R. GRUNEWALD, préc., note 188, 367.

⁴¹⁷ Bryan A. GARNER (dir.), *Black's Law Dictionary*, 9^e éd., St. Paul, West Publishing, 2009, p. 1616 (soulignements ajoutés); voir aussi Daniel ORAN, *Oran's Dictionary of the Law*, 2nd ed., St. Paul, West Publishing, 1991, p. 422.

⁴¹⁸ Voir *supra*, p. 33.

⁴¹⁹ R. HASTIE, préc., note 214, 231; R. HASTIE et N. PENNINGTON, préc., note 198 à la page 193; N. PENNINGTON et R. HASTIE, préc., note 198, 252 et suivantes.

aussi avec les histoires que les avocats travaillent les faits d'une affaire et développent leur théorie de la cause. Même la doctrine traditionnelle réfère à la théorie de la cause comme à une histoire afin d'illustrer aux avocats plaideurs la façon dont ils doivent s'y prendre pour développer leur théorie :

« In order to prepare or to present a case, counsel for each of the parties must develop a strong and logical *theory* of the case. In most cases, especially those to be tried by a jury, counsel must develop recurring *themes* that will serve as points of emphasis and reinforcement with respect to crucial parts of the case. In each case, counsel must use the theory adopted and the themes identified to construct a compelling *story* of what the evidence in the case shows. »⁴²⁰

En fait, contrairement aux théoriciens du droit, les avocats plaideurs reconnaissent l'importance que la preuve qu'ils présentent s'imbrique dans une histoire et les ouvrages qui se consacrent à leur art dépeignent les procès dans des termes qui résonnent fortement avec la théorie narrative⁴²¹. À titre d'exemple, dans le guide américain de techniques pour le procès précité, les procureurs de l'État sont expressément invités à construire non pas une théorie de la cause, mais bien une histoire impliquant la culpabilité de l'accusé qui soit connue et à laquelle le *juge des faits* pourra s'identifier :

« One of the most important strategy decisions you make is selecting a proper theme. The theme is the general storyline of your case. Choose a theme that resonates with the average person. Whenever possible, choose a theme that motivates your jury to convict. »⁴²²

Ce même guide leur suggère de présenter leurs témoins le plus possible suivant l'ordre chronologique de leur histoire, de sorte à faciliter le traitement de l'information par le *juge des faits*⁴²³. L'importance de l'ordre chronologique a effectivement été notée par les études

⁴²⁰ T. ANDERSON, D. A. SCHUM et W. L. TWINING, préc., note 166, p. 153 (soulignements ajoutés); voir aussi Robert P. BURNS, *A Theory of the Trial*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 36.

⁴²¹ L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 297-298 (renvois omis); voir aussi P. BROOKS, préc., note 150, 20; énonçant que les plaideurs savent depuis l'antiquité que leur succès au tribunal dépend sur le capacité à raconter une histoire persuasive en salle de cour, voir P. BROOKS, préc., note 249, 71.

⁴²² D. I. GILBERT, M. E. GILFARB et S. K. TALPINS, préc., note 414.

⁴²³ *Id.*; des outils littéraires sont parfois suggérés aux avocats pour pallier au déroulement antichronologique du procès, comme le recours à un objet matériel à valeur symbolique autour duquel l'histoire peut graviter. Voir C. KOEHLERT-PAGE, préc., note 252.

empiriques précitées⁴²⁴. Une professeure canadienne relève qu'il est largement reconnu que toute théorie de la cause est une histoire qui vise à convaincre le *juge des faits* de la justesse de sa position⁴²⁵. Plusieurs articles suggèrent aux avocats-plaideurs de construire leur théorie de la cause sous la forme d'une « histoire » cohérente et convaincante afin de faciliter le choix de la preuve à présenter au procès, de mener efficacement leurs interrogatoires ou de construire leur plaidoirie⁴²⁶. Même la Cour suprême du Canada traite parfois de la théorie de la cause des parties en des termes qui font écho à la théorie narrative du procès. Par exemple, en discutant de l'applicabilité de la règle de droit voulant que la Couronne doive faire témoigner tous les témoins essentiels aux faits d'une affaire, elle traite du « récit des événements » sur lequel la théorie de la cause de la Couronne est basée : « [...] *the Crown may be expected to call all witnesses essential to the unfolding of the narrative of events upon which the Crown's case is based.* »⁴²⁷ Dans un ouvrage d'introduction au système judiciaire criminel, un auteur souligne qu'il y a trois théories en jeu dans un procès criminel : celle de la Couronne, celle de la défense et celle du tribunal⁴²⁸. Suivant la vision holistique proposée par la théorie narrative du procès, il est effectivement possible de distinguer les deux histoires avancées par chacune des parties de la troisième ultimement retenue par le *juge des faits*. La Cour suprême elle-même qualifie parfois les faits retenus dans un jugement de récit⁴²⁹.

Outre la théorie de la cause des procureurs, nombre d'aspects du procès s'expliquent aisément sous une perspective narrative. Devant jury, et parfois devant juge seul, le procureur de la Couronne amorce le procès par une déclaration d'ouverture qui expose sa théorie de la

⁴²⁴ Voir *supra*, 2.3 — Les recherches empiriques sur le traitement judiciaire des faits, p. 43.

⁴²⁵ Marilyn T. MACCRIMMON, « Developments in the Law of Evidence: The 1989-90 Term: The Process of Proof: Schematic Constraints », (1990) 1-2 *Supreme Court Law Rev.* 345.

⁴²⁶ Voir Heather DOUGLAS, « Developing the Defining Narrative & Winning at Trial », *Slaw* (16 mars 2016), en ligne : <<http://www.slaw.ca/2016/03/16/developing-the-defining-narrative-winning-at-trial/>> (consulté le 16 mars 2016); Todd L. ARCHIBALD et J. Manuel MENDELZON, « The trial advocate as storyteller: The art and science of persuasion », (2012) 31-3 *Advocates J.* 20.

⁴²⁷ *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, par. 28; voir aussi *Lemay v. The King*, [1951] 1 S.C.R. 232, 238; D. WATT, préc., note 124, n° 18.03.

⁴²⁸ Notre traduction de « *there are three parts to a criminal trials* », dans John D. EMBREE, « The Adversary System of Justice », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 217 à la page 217.

⁴²⁹ Voir par exemple *R. c. Lohrer*, [2004] 3 R.C.S. 732, par. 2: « [...] errors thus identified must play an essential part not just in the narrative of the judgment but “in the reasoning process resulting in a conviction” ».

cause et la preuve qui sera présentée à son soutien⁴³⁰. Il en va de même pour la défense, si elle décide de présenter une preuve⁴³¹. La doctrine traditionnelle souligne l'importance de la déclaration d'ouverture pour permettre au *juge des faits* de comprendre la pertinence et la signification de chacun des témoignages dans le scénario global que l'État tente de démontrer⁴³². Les études empiriques ont démontré le bien-fondé de cette intuition des plaideurs⁴³³. Cela confirme la pertinence de l'adéquation suggérée par la théorie narrative entre la théorie de la cause exposée dans les déclarations d'ouverture et l'histoire que le *juge des faits* devrait être en mesure d'inférer de la preuve qui sera présentée⁴³⁴. Cette anticipation des histoires sert de cadre de référence au *juge des faits* et lui permet de conférer un sens aux faits mis en preuve au fur et à mesure du déroulement du procès :

« In effect, we create facts by embedding data in socially acceptable explanations. A decision about what the "facts" are is an implicit acceptance of the theory or story which gives the data credible meaning by connecting it into a unified whole.

A trial is, therefore, a contest over the meaning of evidence, and the "evidence" is data that the trial attorneys have already shaped into some frame of reference. That frame of reference is a theory of the case or a story that makes sense in some world view embedded in the law. The trier of fact uses all of the trial data, including the respective attorneys' shaping and reading of the evidence, to draw its own inferences and to generate its own reading of the evidence. »⁴³⁵

Le fait que les plaideurs ont recours au pouvoir rhétorique des histoires pour convaincre le *juge des faits* de la supériorité de leur position n'est ainsi peu ou pas contesté⁴³⁶. Cependant, que la théorie de la cause ou l'histoire choisie par le plaideur influence le contenu

⁴³⁰ E. G. EWASCHUK, préc., note 80, n° 16:2150; R. E. SALHANY, préc., note 37, n° 6.3750; T. QUIGLEY, préc., note 37, n° 21.6(a), p. 21-16.4.

⁴³¹ T. QUIGLEY, préc., note 37, n° 21.6(d), p. 21-19; J. D. EMBREE, préc., note 428 à la page 222; R. E. SALHANY, préc., note 119, p. 311.

⁴³² D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, p. 19; J. D. EMBREE, préc., note 428 à la page 217.

⁴³³ Voir *supra*, 2.3 — Les recherches empiriques sur le traitement judiciaire des faits, p. 43.

⁴³⁴ C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 924; R. J. ALLEN, préc., note 288, 419.

⁴³⁵ G. GOODPASTER, préc., note 299, 133 (renvois omis, soulignements ajoutés).

⁴³⁶ Voir notamment Dale A. NANCE, « Naturalized Epistemology and the Critique of Evidence Theory », (2001) 87-8 *Va. Law Rev.* 1551, 1588: « [...] most theorists now understand (if ever they did not) that litigants try to tell a coherent story [...] »; S. R. GROSS, préc., note 366, 852: « By now, it is commonplace that most successful courtroom advocacy is structured as storytelling rather than logical proof. »; Peter TILLERS et David SCHUM, « A Theory of Preliminary Fact Investigation », (1990) 24 *UC Davis Law Rev.* 931, 172: « It is also noteworthy that trial lawyers often consciously tell stories in trials. ».

de la preuve présentée au *juge des faits* et, par là, influence les faits qui sont ultimement retenus par ce dernier ne fait pas l'unanimité. Cette dernière proposition implique que le choix d'une théorie de la cause par un avocat peut modifier son choix de la preuve à présenter au procès pour la supporter. Elle suppose par ailleurs qu'entre les différents amalgames de preuves qui résultent des choix stratégiques des deux parties, le *juge des faits* ne départagera pas de façon constante la preuve vraie de la fausse de manière à ce que la vérité-correspondance soit invariablement atteinte. Nous sommes cependant d'avis qu'il est incohérent d'admettre la première proposition, que les avocats travaillent avec des histoires, et non les suivantes, qui en sont les corollaires.

La théorie narrative présente l'avantage particulier d'expliquer comment les avocats construisent l'histoire qui leur sert de théorie de la cause⁴³⁷. Elle permet d'illustrer que cette histoire dépend d'une multitude de facteurs hors de leur contrôle qui influencent irrémédiablement la preuve présentée au procès à partir de laquelle les faits devront obligatoirement être tranchés. Tout d'abord, le choix de l'histoire par le procureur de la Couronne est restreint par l'ampleur de l'investigation policière et les possibilités de scénarios pour lesquelles des éléments de preuve ont effectivement été déposés au dossier. Usuellement, une procédure pénale commence par le dépôt d'une dénonciation conformément à l'article 504 du *Code criminel*⁴³⁸, généralement rédigée par un policier dit « dénonciateur » et désignant les infractions que l'individu est accusé avoir commises⁴³⁹. Cette dénonciation contient d'ores et déjà l'histoire impliquant la commission de l'infraction reprochée, possiblement la même histoire que celle qui a servi d'hypothèse aux enquêteurs et qui les a guidés dans la recherche et la récolte des divers éléments de preuve⁴⁴⁰. Suite à cette dénonciation, la décision du

⁴³⁷ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 5 et 93.

⁴³⁸ P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 1751.

⁴³⁹ *Id.*, par. 1751, 1753, 1788-1791; COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 37, p. 8; A. W. MEWETT, préc., note 37, p. 13 et 95; il appartient normalement à la police de désigner les chefs d'accusations dans la dénonciation. Voir P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 228; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, [2007] 3 R.C.S. 129, par. 8; voir aussi *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 46; T. QUIGLEY, préc., note 37, n^{os} 9.3, p. 9-8; R. E. SALHANY, préc., note 119, p. 3; S. PENNEY, V. RONDINELLI et J. STRIBOPOULOS, préc., note 142, n^o 8.14.

⁴⁴⁰ Rapportant une recherche ayant démontré que les hypothèses des enquêteurs se présentent sous forme d'histoires, voir F. BEX, préc., note 205 à la page 93.

procureur de la Couronne de poursuivre des procédures criminelles contre l'accusé est totalement discrétionnaire⁴⁴¹. Il est à noter que dans les cas particuliers qui ne peuvent procéder sur dénonciation, c'est à la Couronne qu'incombe la responsabilité de rédiger un acte d'accusation⁴⁴². La décision de la Couronne de poursuivre les procédures criminelles dans un cas donné est le principal facteur déterminant la condamnation d'un accusé : au Canada, sur l'ensemble des dénonciations déposées, 5 % seulement mènent à un acquittement ou à son équivalent; le reste se conclut soit par un abandon des charges par la Couronne (30 %), soit par une condamnation de l'accusé (65 %)⁴⁴³. Il n'existe pas de procédure de révision indépendante du dossier policier autre que celle de la Couronne pour déterminer si la preuve commande un procès⁴⁴⁴.

Avant de décider de poursuivre le processus, le procureur de la Couronne doit d'abord évaluer que la preuve recueillie par les policiers démontre bien l'existence des infractions reprochées dans la dénonciation. Le procureur de la Couronne doit s'assurer que si son histoire est effectivement retenue comme la plus *vraisemblable* par le *juge des faits*, elle implique un verdict de culpabilité puisque tous les éléments d'une infraction en droit s'y retrouvent⁴⁴⁵. Puisque *le juge des faits* ne peut conclure qu'à des faits qui découlent de la preuve ou qui

⁴⁴¹ *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, préc., note 439, par. 9; *Krieger c. Law Society of Alberta*, préc., note 439; Eugene G. EWASCHUK, *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2^e éd., 1, Toronto, Canada Law Book, 1987, feuilles mobiles, à jour en février 2016, n^o 12:1012; T. QUIGLEY, préc., note 37, n^{os} 16.2, p. 16-6; R. E. SALHANY, préc., note 37, n^o 6.280; D. STUART et T. QUIGLEY, préc., note 300, p. 635; P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 229, 1794; dans la pratique, il n'est pas rare que la Couronne intervienne en amont, dans la décision de déposer la dénonciation. Voir *Id.*, par. 1751; S. PENNEY, V. RONDINELLI et J. STRIBOPOULOS, préc., note 142, n^o 8.14; M. PROULX et D. LAYTON, préc., note 411, p. 688; voir *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297; la poursuite des procédures est aussi une décision discrétionnaire des procureurs de l'État aux États-Unis. Voir W. T. PIZZI, préc., note 407 à la page 67.

⁴⁴² *Code criminel*, préc., note 37, art. 566 et 574; voir P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 1751, 1814; T. QUIGLEY, préc., note 37, n^{os} 9.3, p. 98 et 16.6, p. 16-11; S. PENNEY, V. RONDINELLI et J. STRIBOPOULOS, préc., note 142, n^o 11.2; A. W. MEWETT, préc., note 37, p. 108.

⁴⁴³ S. PENNEY, V. RONDINELLI et J. STRIBOPOULOS, préc., note 142, n^o 8.13.

⁴⁴⁴ *Id.*, n^o 8.19. Il est possible d'avancer que l'enquête préliminaire joue ce rôle, mais il y en a rarement une.

⁴⁴⁵ Si l'histoire est retenue par le *juge des faits* à l'issue du procès, tous les éléments de l'accusation doivent s'y retrouver pour mener au verdict correspondant. Voir *supra*, p.33 et 81 ; voir R. GRUNEWALD, préc., note 188, 374: « *Only specifically described behavior is punishable by law. To be punishable under a specific statute, a story (and only this story) has to be told in which all the elements of this specific crime are present.* »; il est du rôle de l'avocat de vérifier la correspondance entre une série de faits et les catégories juridiques préexistantes. Voir A. G. AMSTERDAM et J. S. BRUNER, préc., note 247, p. 48.

peuvent en être directement inférés⁴⁴⁶, le procureur de la Couronne a de plus la responsabilité particulière d'évaluer d'avance si l'histoire impliquant la culpabilité de l'accusé est la seule histoire qui émane de la preuve qu'il compte présenter⁴⁴⁷. En effet, si un élément essentiel de l'infraction n'est pas directement prouvé (preuve directe) ou que son existence n'est pas forcément impliquée par l'histoire qui émane de la preuve (preuve circonstancielle), la preuve de la Couronne à elle seule pourrait permettre de conclure à une histoire ne contenant pas cet élément essentiel, et donc, à une histoire n'impliquant pas la culpabilité de l'accusé. Dans un tel cas, la Couronne ne pourra pas se décharger de son fardeau de preuve, comme dans cet exemple jurisprudentiel :

« In the present case, I am of the view that on the facts narrated by the Crown, if believed, there is sufficient doubt on the elements of the offence of break, enter and theft to warrant the striking of the plea. The offence requires proof that what was done was knowingly done without consent of the owner, and I hold that the Crown's narration does not carry that element. »⁴⁴⁸

Lorsque le procureur de la Couronne est confronté à une telle situation, il doit idéalement abandonner les charges avant le procès⁴⁴⁹. Finalement, pour poursuivre les procédures criminelles au Québec, le procureur de la Couronne doit de surcroît être « moralement convaincu » de la culpabilité de l'accusé et « raisonnablement convaincu de pouvoir [l']établir »⁴⁵⁰. La théorie narrative permet de comprendre que le travail de procureur de l'État à cet égard constitue une évaluation *a priori* du caractère *plausible* de l'histoire des policiers⁴⁵¹. Le procureur sera moralement convaincu de la culpabilité de l'accusé s'il considère personnellement que l'histoire impliquant sa culpabilité est *plausible*. Il sera par

⁴⁴⁶ La preuve peut être directe ou circonstancielle. La preuve est circonstancielle lorsqu'elle permet de tirer une inférence. Toute inférence doit reposer sur la preuve et le bon sens. Voir *supra*, p. 71 et suivantes.

⁴⁴⁷ P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 228; J. D. EMBREE, préc., note 428 à la page 218: « *The Crown Attorney must always be mindful of the essential ingredients of the offence charged, because the Crown has the obligation to provide sufficient proof of each ingredient.* ».

⁴⁴⁸ *Adgey c. R.*, [1973] 2 R.C.S. 426, 455 (soulignements ajoutés).

⁴⁴⁹ M. PROULX et D. LAYTON, préc., note 411, p. 696.

⁴⁵⁰ *Accusation - Poursuite des procédures*, préc., note 412, art. 6; voir aussi D. STUART et T. QUIGLEY, préc., note 300, p. 635; F. P. HOSKINS, préc., note 115 à la page 203; S. PENNEY, V. RONDINELLI et J. STRIBOPOULOS, préc., note 142, n° 8.21.

⁴⁵¹ Robert A. FERGUSON, « Untold Stories in the Law », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 84; R. GRUNEWALD, préc., note 188, 372.

ailleurs raisonnablement convaincu de pouvoir l'établir s'il estime qu'un *juge des faits* hypothétique pourrait la juger *plausible* et soutenue par une preuve qu'elle permet d'expliquer (*couverture*)⁴⁵².

En ce qui concerne l'avocat de la défense, il prend lui aussi connaissance du dossier sous la forme d'une histoire, celle que lui raconte son client⁴⁵³. Selon Bennett et Feldman, l'avocat de la défense a deux stratégies pour le procès⁴⁵⁴ : présenter une histoire alternative — si elle existe — ou attaquer la plausibilité de celle de la Couronne⁴⁵⁵. Cela correspond aux deux avenues prévues en droit : soit un moyen de défense particulier est mis de l'avant — dans lequel la version des faits de l'accusé ou son interprétation des mêmes faits est présenté — soit la défense est de nature générale et cherche à soulever un doute raisonnable à l'égard de la théorie de la Couronne⁴⁵⁶.

Avant de présenter l'histoire de son client au tribunal, l'avocat de la défense doit, comme le procureur de la Couronne, évaluer *a priori* la *plausibilité* et la *couverture* de cette histoire de manière à ne la présenter que si elle a des chances d'être retenue par le *juge des faits* comme *vraisemblable*. Si c'est le cas, l'avocat de la défense sélectionne à partir de l'histoire racontée par son client les faits qui permettent particulièrement de démontrer l'absence d'un élément essentiel à l'histoire de la Couronne ou ceux qui permettent de démontrer les éléments essentiels de la défense qu'il souhaite invoquer et qui sont prévus par

⁴⁵² Cette évaluation *a priori* est aussi requise pour passer l'enquête préliminaire ou pour éviter de se faire imposer verdict dirigé. Le procureur de la Couronne doit se demander s'il existe suffisamment de preuve suivant laquelle un *juge des faits* bien instruit en droit et agissant raisonnablement et judiciairement pourrait être d'avis que chacun des éléments constitutifs de l'infraction sont prouvés. Voir S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 31:120.

⁴⁵³ J. B. BARON et J. EPSTEIN, préc., note 146, 141; le droit commence avec une histoire, celle que le client raconte, et se termine avec une autre, une décision du tribunal ou une entente entre les parties sur ce qui est survenu et ce que cela signifie. Voir J. B. WHITE, préc., note 149, p. 168.

⁴⁵⁴ Rappelons que le présent texte se concentre sur le traitement judiciaire des faits et n'aborde pas l'éventualité où seule une question de droit serait soulevée.

⁴⁵⁵ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 94, 98. Pour des explications et illustrations, voir les pages 98 et suivantes.

⁴⁵⁶ E. G. EWASCHUK, préc., note 143, n° 21:0005.

le droit⁴⁵⁷. Ce travail correspond à ce que Pierre Bourdieu a appelé le service de construction juridique des juristes par lequel ils traduisent les faits de leur client en « faits juridiques »⁴⁵⁸.

Puisque le *juge des faits* ne peut tenir compte que des faits supportés par la preuve ou susceptibles d'en être inférés⁴⁵⁹, l'histoire de l'accusé ne sera présentée au procès que dans la mesure où l'avocat réussit à récolter suffisamment de preuve pour la supporter, notamment en trouvant des témoins qui ont la capacité et acceptent de témoigner des faits qui la soutiennent⁴⁶⁰. Dans le cas contraire, l'histoire doit être remodelée en fonction des faits qui peuvent être supportés par une preuve. L'histoire devant par ailleurs présenter une *couverture* suffisante pour être retenue, l'avocat ne doit pas passer à côté de l'occasion de présenter des preuves que l'histoire de la Couronne ne sera pas en mesure d'expliquer tout en veillant à ce que sa propre histoire réussisse à expliquer l'essentiel des éléments de la preuve soumise par son adversaire. Reconcevoir le procès comme une arène où les parties débattent du caractère *vraisemblable* de leurs histoires respectives permet de souligner le fait que les histoires en concours ne sont pas choisies de façon aléatoire par les parties : elles sont construites sous d'importantes contraintes et chacune de ces contraintes risque d'éloigner un peu plus l'histoire présentée d'une représentation fidèle de la Vérité⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Sur le travail de l'avocat comme étant la construction de l'histoire la plus persuasive à partir de la preuve disponible tout en correspondant aux exigences du droit revendiqué, voir David N. ROSEN, « Rhetoric and Result in the Bobby Seale Trial », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 110 à la page 112; R. GRUNEWALD, préc., note 188, 370.

⁴⁵⁸ Pierre BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », (1986) 64 *Actes Rech. En Sci. Soc.* 3-19; sur le processus de traduction du langage ordinaire au langage juridique, voir aussi : J. B. WHITE, préc., note 149, p. 36; Monica G.W. DEN BOER, « A Linguistic Analysis of Narrative Coherence in the Court-Room », dans Patrick NERHOT (dir.), *Law, Interpretation and Reality: Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 346 à la page 355.

⁴⁵⁹ La preuve peut être directe ou circonstancielle. La preuve est circonstancielle lorsqu'elle permet de tirer une inférence. Toute inférence doit reposer sur la preuve et le bon sens. Voir *supra*, p. 71 et suivantes.

⁴⁶⁰ Pour une critique de l'enquête sur les faits par les avocats qui est forcément menée de façon partisane et sa conciliation avec un modèle judiciaire qui prétend atteindre la vérité-correspondance, voir M. R. DAMASKA, préc., note 104, p. 74; Haack départage les enquêtes (tentatives de découvrir la vérité sur certaines questions) des pseudo-enquêtes (tentative de construire le meilleur cas possible pour atteindre certaines conclusions déterminées d'avance). Selon elle, la recherche factuelle des avocats serait une pseudo-enquête. Voir S. HAACK, préc., note 90, p. 12 et 195.

⁴⁶¹ Voir R. GRUNEWALD, préc., note 188, 371.

La théorie narrative permet d'émettre l'hypothèse qu'en sus de ces contraintes, un avocat met davantage de chances de son côté s'il augmente la *plausibilité* et la *couverture* de son histoire. Il doit donc être capable de travailler avec les faits fragmentés dont témoignent les éléments de preuve disponibles et les replacer dans le cadre d'une histoire continue et convaincante lors du procès en comblant les faits absents et en évitant les contradictions⁴⁶². Pour augmenter la *plausibilité*, il peut par exemple évacuer les éléments de l'histoire qui ne sont pas entièrement expliqués par les autres, qui font appel au hasard (*cohérence interne*) ou qui exigent de tirer des inférences qui ne font pas partie des représentations sociales majoritairement partagées (*cohérence externe*)⁴⁶³.

Une fois que les parties ont établi leur théorie de la cause (c'est-à-dire l'histoire contenant les faits essentiels requis par le droit qui peut être supportée par une preuve disponible), les histoires en compétition sont modifiées par le processus judiciaire lui-même. Lors du procès, les souvenirs des témoins sont redéfinis par les échanges avec les avocats⁴⁶⁴. Par le biais des interrogatoires et contre-interrogatoires, les procureurs tentent d'obtenir des définitions particulières des faits racontés par les témoins de sorte qu'ils puissent s'insérer sans heurts dans l'histoire qu'ils proposent⁴⁶⁵, faute de quoi, la crédibilité du témoin ou la fiabilité du fait sera attaquée⁴⁶⁶. La définition des éléments de preuve et la proposition

⁴⁶² P. BROOKS, préc., note 359 à la page 17.

⁴⁶³ Voir *supra*, 3.2.1 Une relecture narrative de la détermination judiciaire des faits, p. 84.

⁴⁶⁴ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 138.

⁴⁶⁵ Une partie importante du travail d'un procureur est de réussir à obtenir d'un témoin la définition particulière qu'il recherche d'une preuve de manière à ce que cette preuve supporte son histoire plutôt qu'une autre. Les avocats ont recours à des tactiques rhétoriques dans leurs questions dans le but d'exposer au *juge des faits* où la preuve qui vient d'être obtenue s'insère dans leur histoire, comment elle est connectée aux autres preuves et ainsi quelles inférences peuvent (ou devraient) en être tirées par l'interprète. Voir *Id.*, p. 118 et suivantes; une façon pour l'avocat de proposer des faits ou des inférences au *juge de faits* est par le biais des présuppositions lors des contre-interrogatoires. Voir B. S. JACKSON, préc., note 319, p. 401.

⁴⁶⁶ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 132-134; voir aussi B. S. JACKSON, préc., note 319, p. 404.

d'inférences résumant essentiellement le travail de construction — ou de déconstruction⁴⁶⁷ — des histoires réalisé par les avocats au tribunal⁴⁶⁸.

Finalement, lors des plaidoiries, les procureurs argumentent en quoi ils ont réussi à démontrer que leur histoire constituait l'explication la plus *vraisemblable* des événements⁴⁶⁹. Par rapport aux histoires générales présentées en ouverture, les procureurs expliquent dans leur plaidoirie comment les définitions ou inférences *plausibles* qui ont émergé de la preuve produite par l'autre partie peuvent être redéfinies de manière à s'insérer dans leur propre récit, ou, si elles sont fondamentalement incompatibles, ils expliquent pourquoi elles ne doivent tout simplement pas être retenues. Plutôt que de proposer une histoire, rappelons qu'il est possible que l'avocat de la défense choisisse de démontrer que l'histoire de la Couronne n'est simplement pas *plausible* en attaquant ses définitions ou ses inférences⁴⁷⁰, mais cela demeure risqué⁴⁷¹. Effectivement, la théorie narrative enseigne que ce ne seront pas les arguments des avocats qui sont ultimement retenus, mais bien l'*histoire* que ces arguments visaient à soutenir : la représentation mentale de la preuve dans la tête du *juge des faits* revêt une forme narrative.

La théorie narrative permet de comprendre qu'en mettant en compétition des histoires construites sous d'importantes contraintes et au soutien desquelles seule la preuve confirmative et disponible est présentée, le processus judiciaire n'offre pas au *juge des faits* la substance la mieux à même de lui permettre d'identifier la vérité-correspondance. En ce sens,

⁴⁶⁷ Robert P. BURNS, « Rule of Law in the Trial Court », (2007) 56-2 *DePaul Law Rev.* 307, 315.

⁴⁶⁸ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 151; cela permet d'expliquer ce que les juristes qualifient d'arguments « brillants », de « bons » dossiers, de « bons » avocats capables de « créer » un doute raisonnable ou encore qui rendent un jury « captivé » : voir *Id.*, p. 15; décrivant le procès comme un concours sur le sens à attribuer à la preuve, voir G. GOODPASTER, préc., note 299, 133; pour de nombreuses références sur l'art des avocats de raconter des histoires dans les procès, L. LEDWON, préc., note 245, 1152; James Boyd White décrit l'avocat comme un rhéteur professionnel. Voir J. B. WHITE, préc., note 149, p. 4.

⁴⁶⁹ Voir J. B. MITCHELL, préc., note 258, 620; les avocats ont particulièrement recours à leurs habiletés linguistiques et communicatives à cette étape. Voir Laura Felton ROSULEK, « Legitimation and the Heteroglossic Nature of Closing Arguments », dans Deborah SCHIFFRIN, Anna DE FINA et Anastasia NYLUND (dir.), *Telling Stories : Language, Narrative, and Social Life*, coll. Georgetown University Round Table on Languages and Linguistics Series, Washington, Georgetown University Press, 2010, p. 181 à la page 181.

⁴⁷⁰ R. LEMPERT, préc., note 227, 569.

⁴⁷¹ Voir *infra*, 4.1.1 Nier ou garder le silence?, p. 153.

la capacité épistémique de la détermination judiciaire des faits se limite à la *vraisemblance* relative des histoires construites et présentées par les parties :

« The American adversary criminal trial is a regulated storytelling contest between champions of competing, interpretive stories that are composed under significant restraints. The parties compose their stories for and present them to an impartial and passive audience which acts as a decision-maker, by assigning criminal liability on the basis of the stories. »⁴⁷²

En s'appuyant sur la prémisse que le processus judiciaire génère des histoires plutôt que des faits objectifs, le travail de recherche de la Vérité par le *juge des faits* s'apparente davantage à celui de l'historien qu'à celui du scientifique⁴⁷³. Considérant que les explications historiques opèrent dans une structure narrative, la philosophie analytique s'est particulièrement penchée sur la question de la place et du rôle de la structure narrative dans la connaissance ou la compréhension historique⁴⁷⁴. Tout comme le *juge des faits*, l'historien sélectionne certains faits passés et leur confère un sens, une causalité ou une signification en leur imposant une structure narrative qui, en elle-même, altère la réalité de ce qu'elle vise à représenter : « *The representation of an event involves selecting, omitting, and shaping elements that we as the creators of the narrative find noteworthy or important to convey the idea of that story.* »⁴⁷⁵

Par ailleurs, le *juge des faits*, comme l'historien, n'est jamais témoin des véritables événements qu'il analyse et travaille lui aussi à partir de sources rapportant ces événements : les témoins. Le procès peut ainsi être qualifié d'« expérimentation historiographique » en ce qu'on y recueille et confronte les versions de différentes « sources » en temps réel⁴⁷⁶. Le réaliste Jerome Frank relevait la faillibilité inhérente du fait de travailler avec des sources plutôt que directement avec les faits :

⁴⁷² G. GOODPASTER, préc., note 299, 120.

⁴⁷³ R. GRUNEWALD, préc., note 188, 372; B. S. JACKSON, préc., note 191, p. 157; Ricœur compare le travail du juge à celui de l'historien. Voir P. RICŒUR, préc., note 347, p. 413 et suiv.

⁴⁷⁴ Paul RICŒUR, « L'histoire comme récit », dans Dorian TIFFENEAU (dir.), *La narrativité*, coll. Phénoménologie et herméneutique, Paris, Éditions du Centre national de la Recherche Scientifique, 1980, p. 5; pour une critique du rôle de la subjectivité de l'historien dans l'élaboration de l'histoire, voir Paul. RICŒUR, *Histoire et vérité*, 2^e éd., Paris, Éditions du Seuil, 1955, p. 28.

⁴⁷⁵ R. GRUNEWALD, préc., note 188, 372; voir aussi M. G. W. DEN BOER, préc., note 458 à la page 356.

⁴⁷⁶ Cette analogie est rapportée par P. RICŒUR, préc., note 347, p. 416.

« Since the actual facts of a case do not walk into court, but happened outside the courtroom, and always in the past, the task of the trial court is to reconstruct the past from what are at best second-hand reports of the facts. Thus the trial court acts as an historian, its job being much the same as the historian's. »⁴⁷⁷

En effet, des faits rapportés sont inévitablement altérés. Même les souvenirs très précis créant une forte confiance dans leur exactitude chez un individu ne sont pas corrélés avec leur exactitude réelle⁴⁷⁸, les souvenirs étant des reconstructions assez libérales de l'esprit⁴⁷⁹. Déjà lors des événements, il n'y a pas d'observateurs neutres : la perception des événements est altérée par les connaissances et les croyances du témoin⁴⁸⁰. Les attentes personnelles et culturelles d'un individu peuvent altérer l'encodage de l'information, l'amener à croire qu'il a perçu quelque chose qui ne s'est pas produit ou ignorer de l'information qui était disponible afin que l'événement ait du sens selon son état émotionnel et ses connaissances à ce moment précis⁴⁸¹. Par ailleurs, une fois mémorisée, l'histoire n'est pas figée : le temps et les faits nouveaux appris altèrent significativement et souvent inconsciemment le souvenir⁴⁸², la mémoire ayant automatiquement recours aux schémas ou aux informations obtenues depuis

⁴⁷⁷ J. FRANK, préc., note 59, p. 37 (soulignements ajoutés); voir aussi J. FRANK et B. FRANK, préc., note 51, p. 200 et suiv.

⁴⁷⁸ Voir D. SIMON, préc., note 35, 164-167; Ulric NEISSER et Nicole HARSCH, « Phantom flashbulbs: False recollections of hearing the news about *Challenger* », dans Eugene WINOGRAD et Ulric NEISSER (dir.), *Affect and Accuracy in Recall: Studies of "Flashbulb" Memories*, New York, Cambridge University Press, 1992, p. 9 à la page 22; Elizabeth F. LOFTUS et Leah KAUFMAN, « Why do traumatic experiences sometimes produce good memory (flashbulbs) and sometimes no memory (repression)? », dans Eugene WINOGRAD et Ulric NEISSER (dir.), *Affect and Accuracy in Recall: Studies of "Flashbulb" Memories*, New York, Cambridge University Press, 1992, p. 212 à la page 222.

⁴⁷⁹ Pour des études à ce sujet, voir P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 297 et suiv.; D. SIMON, préc., note 35, 160 et suiv.; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 400; voir aussi W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 191, note de fin 15.

⁴⁸⁰ S. HARDY, préc., note 224; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 20; B. S. JACKSON, préc., note 319, p. 362; K. L. SCHEPPELE, préc., note 237, 2090; B. S. JACKSON, préc., note 191, p. 76-77; J. FRANK et B. FRANK, préc., note 51, p. 201-202.

⁴⁸¹ S. HARDY, préc., note 224; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 5; J. D. JACKSON, préc., note 76, 162; B. S. JACKSON, préc., note 319, p. 363 et suiv.; K. L. SCHEPPELE, préc., note 237, 2082; B. S. JACKSON, préc., note 191, p. 77-78.

⁴⁸² La signification du passé n'est pas fixée ou finale, mais constamment reconstruite et mise à jour dans le présent. Voir A. P. KERBY, préc., note 220, p. 7; Kim Lane SCHEPPELE, « The Ground-Zero Theory of Evidence », (1998) 49-2 *Hastings Law J.* 321, 325.

l'événement pour combler les brèches causées par le passage du temps et recréer du sens⁴⁸³. Les représentations sociales d'un individu affectent ainsi chacune des étapes cognitives : la perception, l'attribution d'un sens, la mémorisation, la récupération, puis l'énonciation du souvenir. Comme les professeurs de droit Don Stuart et Tim Quigley le soulignent, même si le droit canadien prévoit que les témoins ne peuvent témoigner que sur les faits dont ils ont eu la « connaissance personnelle », cette dernière est plus exactement décrite comme étant leur *croissance* personnelle sur ce qu'ils se *souviennent* au jour du procès des faits qu'ils ont *cru* observer⁴⁸⁴.

Comme cela est vrai pour la discipline de l'histoire, le recours aux histoires au tribunal implique d'abandonner la recherche d'un lien direct entre les événements tels que survenus et le récit qui en est fait par des intermédiaires⁴⁸⁵. Les recherches empiriques sur la perception, l'interprétation et la mémorisation ne sont pas applicables seulement au témoin qui vient raconter son souvenir au tribunal, mais aussi au *juge des faits*, lui-même un témoin des témoins :

« Trial judges and juries, in trying to get at the past facts through the witnesses, are themselves witnesses of what goes in the court-rooms. [...] The facts as they actually happened are therefore twice refracted — first by the witnesses, and second by those who must "find" the facts. »⁴⁸⁶

Contrairement aux juristes, les historiens reconnaissent qu'ils ne peuvent pas aspirer à une reconstitution exacte des faits en raison des limitations intrinsèques à un processus de détermination des faits fondée sur des sources : certaines données importantes ne sont pas

⁴⁸³ D. SIMON, préc., note 35, 161; S. HARDY, préc., note 224, 199; B. S. JACKSON, préc., note 319, p. 372 et suivantes.

⁴⁸⁴ Notre traduction de la phrase suivante : « *This personal "knowledge" might perhaps better be described as personal beliefs about what they now remember of facts which they believe they observed.* », dans D. STUART et T. QUIGLEY, préc., note 300, p. 580.

⁴⁸⁵ Voir P. RICŒUR, préc., note 347, p. 315 : « [...] c'est en vain que l'on cherche un lien direct entre la forme narrative et les événements tels qu'ils se sont effectivement produits; le lien ne peut être qu'indirect à travers l'explication et, en deçà de celle-ci, à travers la phase documentaire, laquelle renvoie à son tour au témoignage et au crédit fait à la parole d'un autre. ».

⁴⁸⁶ J. FRANK, préc., note 59, p. 22; voir au même effet : B. S. JACKSON, préc., note 319, p. 375; K. L. SCHEPPELE, préc., note 237, 2082; Elaine F. BORINS et Stephen BORINS, « The Psychopathology of the Judicial Decision-Making Process », dans CANADIAN INSTITUTE FOR THE ADMINISTRATION OF THE JUSTICE (dir.), *The Trial Process*, Toronto, Carswell, 1981, p. 193.

disponibles, il existe des désaccords et des erreurs dans ce que rapportent les sources et, ultimement, l'historien interprète inévitablement les données qu'il recueille, rendant son produit final subjectif et conjectural⁴⁸⁷. Ce n'est pas le cas de la vision traditionnelle des procès qui affirme que ce dernier permet l'atteinte de la vérité-correspondance. C'est à cet important fossé entre la vision traditionnelle du procès et la réalité de la pratique du système judiciaire auquel s'attaque la théorie narrative. Par rapport à la vision traditionnelle du procès qui ne reconnaît pas les limites inhérentes à toute détermination judiciaire des faits, la théorie narrative permet de mieux représenter la réalité en prenant acte de ces limites. Elle implique que même le jugement judiciaire le plus rigoureux qui soit ne peut se fonder sur autre chose qu'une histoire que chacun des participants au procès aide à construire :

« At every stage of the storytelling-interpretation process, both storytellers and interpreters make choices about how to define story elements, and what frames of reference to apply. In this sense, a story is a reconstruction of an event in light of the teller's initial perception, immediate judgments about the audience, the interests that appear to be at stake, and, perhaps most important, what has gone before in the situation in which the story is presented. Likewise, the juror's judgment depends on all of these factors, in addition to his or her basic interpretive ability (command of language, general knowledge, etc.), assessment of the situation, and perception of the intentions of the storyteller. »⁴⁸⁸

Le droit établit sans détour que dans le système judiciaire de type contradictoire, les parties sont entièrement libres de la preuve et des arguments qu'ils choisissent de présenter⁴⁸⁹. La vision traditionnelle ne permet toutefois pas d'articuler comment la preuve et les arguments sont choisis par les parties qui bénéficient de cette liberté. Comme étayé ci-dessus, la théorie narrative révèle que les faits mis en preuve par les parties résultent d'abord du choix préalable d'une histoire qui a été effectué sous d'importantes contraintes. Rien n'indique que la Vérité était constituée des seuls faits qui appuient chacune des histoires présentées au procès, ni que ces faits disparates avaient un quelconque lien causal ou une quelconque cohérence entre eux lorsqu'ils sont survenus. Seuls certains faits ont été sélectionnés pour être mis en preuve au soutien d'une histoire et ce choix a notamment été basé sur la disponibilité de la preuve. Les

⁴⁸⁷ J. FRANK, préc., note 59, p. 37-40.

⁴⁸⁸ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 64-65.

⁴⁸⁹ E. G. EWASCHUK, préc., note 80, n° 16:2152.

témoins qui ont perçu des faits corroborant cette histoire, qui s'expriment de façon suffisamment claire pour raconter de manière intelligible ces faits et qui acceptent d'en témoigner ont été sélectionnés par les parties. Les faits pour lesquels il n'y a pas de preuve disponible et articulée ne sont pas abordés au procès. Les témoins ont interprété les faits perçus et ont retransmis leur souvenir de cette interprétation dans un langage particulier empreint d'une imprécision qui lui est propre. Cette retransmission a été redéfinie maintes fois par les avocats, et les différentes redéfinitions et inférences que les procureurs ont suggérées ont été interprétées puis retenues par le *juge des faits* selon leur capacité à s'insérer dans l'histoire qu'il jugeait d'ores et déjà la plus plausible à ce moment du procès.

Ultimement, le *juge des faits* se retrouve à la fin du processus judiciaire avec une ou plusieurs histoires expliquant les événements⁴⁹⁰. Il jugera davantage *vraisemblables* les histoires qui confèrent un sens au maximum des faits que les parties auront choisi de mettre en preuve et qu'il retient (*couverture*), construisant par le fait même une histoire forcément différente de ce qui a pu réellement survenir; la preuve produite au procès ayant d'abord été sélectionnée suivant sa disponibilité ainsi que sa capacité à soutenir une histoire particulière. Finalement, la *plausibilité* relative des différentes histoires qui demeurent en compétition est évaluée par le *juge des faits* selon ses représentations sociales.

L'absence inévitable de la totalité de la preuve permettant de reproduire chaque instant d'une histoire structurellement complète est aussi suppléée par le *juge des faits* par le recours à ses représentations sociales. Par nature, les histoires sont criblées de brèches⁴⁹¹, rendant inévitable un apport par interprétation de celui qui reçoit l'histoire afin de les combler⁴⁹². Wolfgang Iser traite en ces termes des interprétations multiples auxquelles les brèches dans les histoires peuvent mener et de la dynamique narrative qui en résulte :

⁴⁹⁰ R. HASTIE et N. PENNINGTON, préc., note 198 à la page 194.

⁴⁹¹ H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 90. Le terme « brèche » est notre traduction du terme « *gap* » utilisé par l'auteur. Wolfgang Iser parle aussi de « *gap* ». Voir Wolfgang ISER, *The Implied Reader: Patterns of Communication in Prose Fiction from Bunyan to Beckett*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1974, p. 280; le terme « *blank* » est aussi parfois utilisé pour le même concept. Voir P. BROOKS, préc., note 359 à la page 4.

⁴⁹² H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 90; en narratologie, certaines brèches dont l'interprétation est très débattue et qui peuvent affecter significativement l'histoire complète sont désignées par terme anglais « *cruxes* » : *Id.*, p. 92.

« [O]ne text is potentially capable of several different realizations, and no reading can ever exhaust the full potential, for each individual reader will fill in the gaps in his own way, thereby excluding the various other possibilities; as he reads, he will make his own decision as to how the gap is to be filled. In this very act, the dynamics of reading are revealed. By making his decision, he implicitly acknowledges the inexhaustibility of the text; at the same time it is this very inexhaustibility that forces him to make his decisions. »⁴⁹³

Lorsque les faits ne sont pas disputés, différents *juges des faits* se retrouvent dans la même situation que lorsque différentes personnes lisent le même livre ou écoutent la même pièce de théâtre : ce sont leurs représentations sociales respectives qui leur permettent de remplir les brèches narratives et d'en arriver à une interprétation différente. Comme dans les cas discutés précédemment, ces différences peuvent changer l'issue d'un procès⁴⁹⁴. Contrairement à la vision traditionnelle du procès, le *juge des faits* n'est pas perçu comme objectif et neutre dans la théorie narrative, mais plutôt comme un participant actif à la construction de l'histoire ultimement sélectionnée⁴⁹⁵. Chacun des acteurs du processus judiciaire, du policier au *juge des faits*, participe ainsi à la construction de l'histoire qui sera finalement retenue :

« Apart from regulations, storytelling is mainly a process conducted by the participants in the legal discourse. Police officers, prosecutors, attorneys, judges, and juries construct stories in that they reduce and put together factual elements of a case. All of these players “are free to signify” and assign meaning through the trial and the process in general. »⁴⁹⁶

La théorie narrative dépeint ainsi le processus menant à un verdict comme un mécanisme par lequel plusieurs histoires sont racontées maintes et maintes fois et d'acteurs en acteurs⁴⁹⁷. Les histoires étant forcément altérées à chaque retransmission et redéfinition au

⁴⁹³ W. ISER, préc., note 491, p. 280. Cet exercice où le lecteur tire ses propres inférences d'un texte en raison d'une brèche est appelée « *filling in the gaps* » par l'auteur.

⁴⁹⁴ Voir *supra*, p. 91. Voir aussi P. BROOKS, préc., note 237.

⁴⁹⁵ L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 306 (renvois omis).

⁴⁹⁶ R. GRUNEWALD, préc., note 188, 375 (renvois omis).

⁴⁹⁷ J. B. WHITE, préc., note 149, p. 36: « *In the formal legal process that story is then retold, over and over, by the lawyer and by the client and by others, in developing and competing versions, until by judgment or agreement an authoritative version is achieved.* »; le même constat est posé par A. G. AMSTERDAM et J. S. BRUNER, préc., note 247, p. 110; voir aussi Robert WEISBERG, « Proclaiming Trials as Narratives : Premises and Pretenses », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 61 à la page 71.

cours du processus judiciaire, ce dernier peut être conçu comme permettant de diminuer et de simplifier les faits contestés par l'imposition de structures narratives de façon successive par différents acteurs jusqu'à l'obtention d'une suite claire et linéaire de faits simples, qui, contrairement à l'incohérence de la Vérité brute⁴⁹⁸, permet d'identifier aisément l'applicabilité des verdicts disponibles⁴⁹⁹. Par ailleurs, aucune histoire n'est reçue puis retransmise sans être altérée par les représentations sociales de ses intermédiaires. Il est ainsi possible d'émettre l'hypothèse que les multiples retransmissions que le procès impose aux histoires permettent d'assurer que l'histoire ultimement sélectionnée par le *juge des faits* est conforme aux représentations sociales de la majorité des intervenants ayant participé à sa construction. Cela serait conforme avec le droit voulant que l'outil de détermination judiciaire des faits soit le *bon sens*, siège des représentations sociales partagées⁵⁰⁰.

Dans cet ordre d'idées, l'institution emblématique qu'est le jury, souvent dépeint comme un représentant des valeurs de la société de laquelle est issu l'accusé⁵⁰¹, permet aussi d'assurer que le cas sera jugé suivant les représentations sociales dominantes. Les définitions et inférences des histoires présentées devront être minimalement partagées par l'ensemble du jury pour que celles-ci soient jugées *plausibles*. Dans tous les cas, la théorie narrative permet difficilement de concevoir que le procès contradictoire, en travaillant avec des histoires et tout ce que cela implique, puisse aspirer à atteindre la vérité-correspondance. Elle implique de reconnaître que tout ce que le processus de détermination des faits peut viser, c'est de trancher la *vraisemblance* entre les histoires que les parties ont choisi de présenter au procès : « *There may be a ground Truth — a reality about what in fact happened — but the best a trial can do is reconstruct a facsimile of that reality. Yet the best-sounding story, the most compelling narrative, will not always be the true story.* »⁵⁰² Ainsi, le seul élément « objectif » et applicable de façon uniforme au procès demeure les règles de droit gérant la présentation de la preuve et le déroulement des procédures :

⁴⁹⁸ Soulevant que la forme narrative fait paraître les événements plus linéaires que lorsqu'ils surviennent dans la réalité qui, multifacette, est souvent incohérente, voir L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 312.

⁴⁹⁹ Voir *supra*, p. 52.

⁵⁰⁰ Voir *supra*, p. 74.

⁵⁰¹ Voir D. C. MURRAY, préc., note 341 à la page 285.

⁵⁰² K. A. FINDLEY, préc., note 31, 895.

« The judgments made in criminal trials can be regarded as objective only in the sense that they reflect the use of a uniform and agreed-upon set of legal procedures and judgment practices. In other words, the principle of objectivity is embodied in the standardized set of formal procedures and implicit judgment practices in trials, and not in any metaphysical criteria of truth or fact.

[...] the ways in which stories represent the incidents in legal disputes produce often radical transformations of "reality" that are hard to reconcile with commonsense understandings about objectivity. »⁵⁰³

Cela pourrait d'ailleurs expliquer que la vision traditionnelle du procès, dont l'idéal recherché est celui d'un processus de découverte de la vérité-correspondance comparable à la démarche scientifique, ait poussé les juristes à s'attarder et à valoriser les règles de preuve, élément objectif du processus judiciaire, plutôt que les faits que ces règles visaient à gérer⁵⁰⁴. La question des règles de preuve suivant la théorie narrative du procès est spécifiquement abordée à la section suivante.

3.3 — La théorie narrative du procès et le droit de la preuve

En ce qui a trait à la preuve judiciaire, la théorie narrative remet en question la vision traditionnelle atomiste suivant laquelle chaque élément de preuve est évalué de façon individuelle, puis systématiquement retenu ou rejeté de façon à mener à un jugement sur les faits⁵⁰⁵. Elle propose une vision alternative et holistique de la preuve judiciaire puisqu'elle suppose que c'est la *plausibilité* relative des différentes histoires qui émanent de la preuve (*couverture*) qui est évaluée plutôt que chacun de ses éléments isolés⁵⁰⁶.

La théorie narrative du procès permet ainsi de reconsidérer le rôle des règles de preuve au procès. Au lieu d'une masse de règles d'exclusion de la preuve toutes indépendantes les unes des autres, elles sont appréhendées comme visant toutes à leur façon à encadrer et circonscrire les histoires débattues au tribunal. Le procès est alors conçu comme une procédure dont les nombreuses règles visent à contrôler les histoires qui peuvent être présentées au *juge des faits* :

⁵⁰³ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 32-33 (soulignements ajoutés).

⁵⁰⁴ Voir *supra*, 2.2 — La vision traditionnelle du traitement judiciaire des faits, p. 37.

⁵⁰⁵ Voir *supra*, p. 40.

⁵⁰⁶ Voir J. E. LARSON, préc., note 156, 182-183.

« In the context of criminal trial, the struggle is in large measure played out over narrative construction and reception — a struggle over what stories may be told at trial, over the way stories must be told and even listen to, over who should be the audience for a story. Storytelling must conform to certain distinctive legal rules of storytelling contained in the law of evidence and procedure. Seen in this way, in fact, the entire law of evidence, and much of law of procedure, is really a law of narrative — a law of narrative transactions. »⁵⁰⁷

Les auteurs en droit de la preuve prennent usuellement acte dans leurs écrits du large consensus dans le milieu académique et dans celui des praticiens du droit de l'importance centrale des histoires dans la détermination judiciaire des faits⁵⁰⁸. Néanmoins, alors que l'interdisciplinarité est un trait caractéristique du *New Evidence Scholarship*⁵⁰⁹ et que cette même interdisciplinarité a permis la naissance de la théorie narrative du procès⁵¹⁰, cette dernière a rarement été mobilisée par les juristes afin de critiquer spécifiquement le droit de la preuve⁵¹¹. Étonnement, c'est le plus haut tribunal des États-Unis qui a devancé les auteurs à cet égard en analysant et expliquant la portée d'une règle de preuve à la lumière de la théorie narrative dans l'arrêt *Old Chief v. U. S.*⁵¹². Les auteurs de la théorie narrative y ont vu une reconnaissance par le droit positif de l'importance du *storytelling* au procès⁵¹³, de l'impact des histoires⁵¹⁴, voire une validation et une application de la théorie narrative du procès par la Cour suprême des États-Unis⁵¹⁵.

⁵⁰⁷ P. GEWIRTZ, préc., note 251 à la page 136 (soulignements ajoutés); voir aussi H. P. ABBOTT, préc., note 188, p. 189-190; P. BROOKS, préc., note 237, 6; P. GEWIRTZ, préc., note 246 à la page 9; P. EWICK et S. S. SILBEY, préc., note 249, 208; W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 165.

⁵⁰⁸ Voir par exemple M. S. PARDO, préc., note 174, 552; J. H. BLUME, S. L. JOHNSON et E. C. PAAVOLA, préc., note 258, 1087-1091; W. TWINING, préc., note 59, p. 334 et 445; J. D. JACKSON, préc., note 76, 317.

⁵⁰⁹ Pour la définition du *New Evidence Scholarship*, voir *supra*, p. 42.

⁵¹⁰ R. C. PARK et M. J. SAKS, préc., note 48, 984; J. B. MITCHELL, préc., note 258, 600.

⁵¹¹ L. LEDWON, préc., note 245, 1149; R. C. PARK, préc., note 174, 850.

⁵¹² *Old Chief v. U.S.*, 519 U.S. 172 (1997).

⁵¹³ L. LEDWON, préc., note 245, 1146.

⁵¹⁴ P. BROOKS, préc., note 237, 6.

⁵¹⁵ L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 295; K. BILZ, préc., note 256, 438; R. A. POSNER, préc., note 241, p. 426; E. SWIFT, préc., note 258, 984; P. BROOKS, préc., note 150; Dan SIMON, « A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making », (2004) 71-2 *Univ. Chic. Law Rev.* 511, 564; J. B. MITCHELL, préc., note 258, 606; P. BROOKS, préc., note 249, 71; Richard O. LEMPET, « Narrative Relevance, Imagined Juries, and a Supreme Court Inspired Agenda for Jury Research », (2001) 72-1 *Rev. Int. Droit Pénal* 405, 409; concevant le recours à la théorie narrative comme une mise de côté de la conception rationaliste traditionnelle du procès, voir M. D. RISINGER, préc., note 11, 1301.

Selon nous, la Cour suprême américaine fait plus qu'adopter une perspective narrative sur les règles de preuve en les appréhendant comme visant à contrôler les histoires débattues au tribunal. L'intérêt plus particulier de l'arrêt *Old Chief* est le recours à la perspective narrative à des fins normatives: elle est utilisée comme un outil afin d'évaluer, dans un cas donné, le caractère adéquat de l'application d'une règle de droit de la preuve par un juge de première instance.

3.3.1 Aspect normatif de la théorie narrative du procès en droit de la preuve

L'arrêt *Old Chief* se prononce sur l'admissibilité de la preuve des antécédents d'un accusé. Pour ce faire, la Cour suprême américaine met en balance l'effet préjudiciable de la preuve de ces antécédents — c'est-à-dire le risque que le *juge des faits* infère des antécédents que l'accusé a une *propension* à avoir commis le crime dont il est accusé⁵¹⁶ — par rapport à sa valeur probante. Ce qui distingue particulièrement *Old Chief* est l'approche adoptée par la Cour suprême américaine pour évaluer cette valeur probante. Elle prend expressément acte du caractère *narratif* et *holistique* de l'évaluation de la valeur probante d'une preuve :

« The “fair and legitimate weight” of conventional evidence showing individual thoughts and acts amounting to a crime reflects the fact that making a case with testimony and tangible things not only satisfies the formal definition of an offense, but tells a colorful story with descriptive richness. Unlike an abstract premise, whose force depends on going precisely to a particular step in a course of reasoning, a piece of evidence may address any number of separate elements, striking hard just because it shows so much at once; the account of a shooting that establishes capacity and causation may tell just as much about the triggerman's motive and intent. Evidence thus has force beyond any linear scheme of reasoning, and as its pieces come together a narrative gains momentum, with power not only to support conclusions but to sustain the willingness of

⁵¹⁶ L'inférence de propension est un risque en ce qu'elle pourrait s'imposer au détriment de l'évaluation de la responsabilité criminelle de l'accusé dans l'infraction particulière pour laquelle il est accusé. Voir *Old Chief v. U.S.*, préc., note 512, 646: « The term “unfair prejudice,” as to a criminal defendant, speaks to the capacity of some concededly relevant evidence to lure the factfinder into declaring guilt on a ground different from proof specific to the offense charged. »; la preuve du caractère de l'accusé ou de faits similaires antérieurs est aussi, en règle générale, prohibée en droit canadien. Voir notamment S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 36, ch. 9 et 10.

jurors to draw the inferences, whatever they may be, necessary to reach an honest verdict. [...] »⁵¹⁷

La plus haute cour américaine évalue la valeur probante des antécédents de l'accusé sur *l'histoire complète* de l'État, plutôt que de se concentrer — tel que le veut la vision traditionnelle atomiste de la preuve — sur la valeur probante attribuable aux antécédents à titre d'éléments de preuve autonomes⁵¹⁸. Elle relève que le procureur de l'État a usuellement la liberté de choisir la preuve qu'il souhaite présenter, notamment parce que dépeindre une image des événements est beaucoup plus convaincant pour le *juge des faits* qu'une admission par les parties de la conclusion à laquelle ladite image est censée le mener⁵¹⁹. Le tribunal explique que l'exclusion de la preuve des antécédents de l'accusé, en diminuant le caractère complet et *cohérent* de l'histoire présentée par l'État, risque ainsi d'en affecter la *vraisemblance* :

« People who hear a story interrupted by gaps of abstraction may be puzzled at the missing chapters, and jurors asked to rest a momentous decision on the story's truth can feel put upon at being asked to take responsibility knowing that more could be said than they have heard. A convincing tale can be told with economy, but when economy becomes a break in the natural sequence of narrative evidence, an assurance that the missing link is really there is never more than second best. »⁵²⁰

Dans le cas dont elle est saisie, la Cour suprême des États-Unis juge que d'exclure la preuve des antécédents criminels particuliers de l'accusé n'affecte pas la valeur globale de l'histoire de l'État puisque ces antécédents — par ailleurs admis par la défense — ne s'inscrivent pas naturellement dans l'histoire de l'infraction pour laquelle l'accusé subit son procès :

« [...] [P]roof of the defendant's status goes to an element entirely outside the natural sequence of what the defendant is charged with thinking and doing to commit the current offense. Proving status without telling exactly why that status was imposed leaves no gap in the story of a defendant's subsequent criminality, and its demonstration by stipulation or admission neither displaces a chapter from a continuous sequence of

⁵¹⁷ *Old Chief v. U.S.*, préc., note 512, 653-654 (renvoi omis et soulignements ajoutés); voir aussi P. BROOKS, préc., note 237, 7.

⁵¹⁸ La valeur probante attribuable dans l'abstrait à la preuve des antécédents était indéniable dans le cas de *Old Chief* puisque la présence d'antécédents était un des éléments essentiels de l'infraction pour laquelle l'accusé a subi son procès.

⁵¹⁹ *Old Chief v. U.S.*, préc., note 512, 653-654.

⁵²⁰ *Id.*, 654.

conventional evidence nor comes across as an officious substitution, to confuse or offend or provoke reproach. »⁵²¹

Dans cet arrêt *Old Chief*, le juge Souter, au nom de la Cour suprême américaine, reconnaît que les règles d'exclusion de la preuve visent à limiter les histoires présentées au *juge des faits* : « Souter hence rules out the prosecution's longer, fuller narrative as the wrong story, something that should not be part of the present narrative sequence. »⁵²² Il ouvre ainsi la porte à une évaluation de l'applicabilité des règles de preuve suivant un raisonnement holistique basé sur la notion d'histoire, conformément à celui qu'emprunte réellement le *juge des faits* lorsqu'il évalue la preuve.

Cette reconnaissance de la théorie narrative du procès par le droit positif a ouvert la voie à quelques juristes qui, à leur tour, l'ont mobilisée comme outil d'analyse des règles de preuve⁵²³. À ce titre, la théorie narrative a été suggérée comme outil pour permettre aux cours d'appel d'estimer le préjudice subi par un accusé lorsqu'il y a eu violation par l'État de son obligation de divulgation de la preuve exculpatoire en première instance⁵²⁴. L'auteur Mitchell propose ainsi que l'évaluation du préjudice en droit américain basée sur des critères comme l'équité du procès ou la confiance dans le verdict soit remplacée par une évaluation narrative, plus concrète et aux critères plus aisément applicables, comme les suivants : la preuve non divulguée aurait-elle rendu l'histoire de l'accusé plus *vraisemblable* ou l'accusé aurait-il pu présenter une histoire exculpatrice et *vraisemblable*?⁵²⁵ D'autres auteurs ont recours à la théorie narrative afin d'illustrer en quoi certaines règles de preuve américaines empêchent l'accusé de présenter à son procès une histoire *vraisemblable*, limitant ainsi les chances que son histoire soit retenue par le *juge des faits* par rapport à celle de l'État⁵²⁶. Par exemple, ils

⁵²¹ *Id.*, 655.

⁵²² P. BROOKS, préc., note 237, 7; selon Lempert, *Old Chief* reconnaît l'impact potentiel des brèches narratives qu'impliquent l'exclusion de certaines preuves, voir R. O. LEMPert, préc., note 515, 410.

⁵²³ Tel que le suggérait Brooks dans P. BROOKS, préc., note 150, 28.

⁵²⁴ J. B. MITCHELL, préc., note 258.

⁵²⁵ *Id.*, 621; l'auteur propose de comparer la plaidoirie de la défense avec elle qui aurait pu être faite si elle avait bénéficié de la preuve non communiquée pour évaluer si l'histoire de la défense aurait été différente et aurait pu mener à un verdict différent. Voir *Id.*, 629.

⁵²⁶ La possibilité pour la défense de présenter une histoire *vraisemblable* est alors perçue comme liée à son droit à une défense pleine et entière. Voir E. SWIFT, préc., note 258, 986; J. H. BLUME, S. L. JOHNSON et E. C. PAAVOLA, préc., note 258, 1099.

avancent que l'accusé devrait pouvoir mettre en preuve sa propre déclaration postérieure à l'infraction relative à son état mental lors de l'infraction⁵²⁷ ou faire la preuve de la culpabilité d'un tiers sans les restrictions qui existent actuellement en droit américain⁵²⁸.

3.3.2 La théorie narrative du procès comme cadre théorique en droit de la preuve

Outre son apport explicatif et normatif indéniable en droit de la preuve, la théorie narrative du procès a par ailleurs été mobilisée comme cadre théorique pour fonder une théorie générale de la preuve judiciaire : la *théorie explicative de la preuve*⁵²⁹. Comme expliqué précédemment, la vision traditionnelle du procès ne permet de fonder aucune théorie générale de la preuve⁵³⁰. Elle suppose une explication purement normative du droit de la preuve : ce dernier est constitué de l'ensemble des règles de preuve édictées par le droit et respectées par les parties lors du procès. À titre de théorie générale de la preuve, la théorie explicative de la preuve offre une explication plus analytique du droit de la preuve en articulant comment procéder pour respecter les règles de preuve lors du procès. Par exemple, en illustrant ce que signifient les notions de « valeur probante » et de « pertinence » dans un cas donné, elle permet aux praticiens et aux juges de mieux articuler leurs décisions. De ce fait, elle permet aussi aux cours d'appel et aux commentateurs de mieux comprendre les fondements de ces décisions et ainsi de mieux adapter leurs interventions ou leurs commentaires.

Vers une théorie générale de la preuve judiciaire

Comme évoqué auparavant⁵³¹, l'étude du droit de la preuve aux États-Unis est passée dans les années 1980 de l'analyse des règles de preuve à la façon dont les inférences sont tirées d'une masse de preuve, fondant ainsi les bases de la littérature du *New Evidence*

⁵²⁷ E. SWIFT, préc., note 258, 1007.

⁵²⁸ J. H. BLUME, S. L. JOHNSON et E. C. PAAVOLA, préc., note 258; effectivement, Garrett relève que certains exonérés ont tenté de mettre en preuve la culpabilité d'un tiers, parfois à raison, mais que leur preuve a souvent été jugée inadmissible. Voir B. GARRETT, préc., note 15, p. 158.

⁵²⁹ Notre traduction de « *explanatory conception of evidence* », dans M. S. PARDO, préc., note 174, 558.

⁵³⁰ Voir *supra*, p. 39.

⁵³¹ Voir *supra*, p. 42.

Scholarship. Ce mouvement a ainsi cherché à articuler une théorie du raisonnement judiciaire sur la preuve. Le *New Evidence Scholarship* a rapidement été dominé par l'analyse probabiliste de la preuve⁵³². Plusieurs hypothèses peuvent être avancées pour expliquer la popularité de ce courant, notamment le fait que, généralement, les théories ordinaires de raisonnement en cas d'incertitude sont des théories de statistiques et probabilités⁵³³, ou encore que les recherches empiriques ont elles aussi abordé le processus décisionnel judiciaire tout d'abord d'un point de vue mathématique⁵³⁴.

L'analyse probabiliste de la preuve applique des notions de logique et mathématiques dans le but de chiffrer, dans un litige donné, la valeur d'une preuve donnée⁵³⁵. Elles ne remettent en question aucune des prémisses de la vision traditionnelle du procès en adoptant une conception atomiste de la preuve⁵³⁶. L'approche la plus populaire de ce courant est la théorie bayésienne de la preuve, dont l'essence peut être résumée en ces termes :

⁵³² S. HAACK, préc., note 90, p. 19; M. S. PARDO, préc., note 174, 548; R. C. PARK et M. J. SAKS, préc., note 48, 984; D. SIMON, préc., note 515, 559; R. C. PARK, préc., note 174, 854; à titre d'exemple, voir le contenu de ce livre qui dit regrouper les plus importantes sources primaires et secondaires du *New Evidence Scholarship* : P. MURPHY, préc., note 162.

⁵³³ Hendrik KAPTEIN, Henry PRAKKEIN et Bart VERHEIJ (dir.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Burlington, Ashgate Publishing, 2009, p. 6.

⁵³⁴ Voir Reid HASTIE (dir.), *Inside the juror: The psychology of juror decision making*, New York, Cambridge University Press, 1993, traitant par ailleurs des modèles algébriques, stochastiques et probabilistes de traitement de la preuve, ainsi que du *Story Model*.

⁵³⁵ À titre d'exemple, voir D. A. SCHUM, préc., note 173; définissant le concept de probabilité comme le degré de confirmation que la preuve P mène à l'hypothèse H, voir A. STEIN, préc., note 79, p. 40.

⁵³⁶ De cet avis, voir D. SIMON, préc., note 515, 560; R. C. PARK, préc., note 174, 854; J. D. JACKSON, préc., note 76, 315; d'autres affirment que la notion de réseaux d'inférences bayésiennes permet de s'éloigner de la conception atomiste de la preuve et de la concevoir de façon holistique. Voir David LAGNADO, « Thinking About Evidence », dans Philip DAWID, William TWINING et Mimi VASILAKI (dir.), *Evidence, Inference and Enquiry*, coll. Proceedings of the British Academy, n°171, Oxford, Published for The British Academy by Oxford University Press, 2011, p. 183 à la page 196; nous sommes d'avis que la conception atomiste de la preuve a toujours supposé que la considération de la totalité de la preuve surpassait la somme de ses éléments individuels, notamment en raison de la valeur circonstancielle de certaines preuves qui permet d'inférer des faits qui ne sont pas directement prouvés. L'objet d'analyse des modèles d'inférences en réseaux sont d'abord les éléments de preuves particuliers, puis les réseaux qui les relient. C'est toujours une approche du particulier au général, ce qui, selon nous, en fait une approche atomiste de la preuve. Les prémisses de la vision traditionnelle atomiste de la preuve sont ainsi toujours présentes dans le discours des tenants de ces approches. Voir à titre d'exemple Peter TILLERS, « Are there Universal Principles or Forms of Evidential Inference? Of Inference Networks and Onto-Epistemology », dans Philip DAWID, William TWINING et Mimi VASILAKI (dir.), *Evidence, Inference and Enquiry*, coll. Proceedings of the British Academy, n°171, Oxford, Published for The British Academy by

« In the Bayesian approach, fact-finders' inferential task consists of updating the probability of the hypothesis entailing guilt in light of the evidence at trial in the way dictated by Bayes' theorem. If, by the end of the trial, this probability is sufficiently high to meet the reasonable doubt standard, the verdict 'guilty' is appropriate [...] »⁵³⁷

Les critiques qui peuvent être formulées à l'encontre du courant probabiliste sont nombreuses et mettent en doute son potentiel explicatif du raisonnement judiciaire sur la preuve⁵³⁸. L'absence de données statistiques réelles sur la probabilité que soient survenus les faits débattus lors d'un procès et l'imposition d'une rationalité impossible à appliquer dans la réalité pour le *juge des faits* sont deux des critiques récurrentes de ce modèle⁵³⁹.

En marge de ce courant s'inscrit celui des auteurs s'étant penchés sur la théorie narrative du procès suite aux découvertes empiriques discutées au chapitre 2⁵⁴⁰. Ces recherches avaient avant tout une visée empirique et non pas normative⁵⁴¹. Les chercheurs souhaitaient découvrir comment les participants au procès comprenaient leur rôle et raisonnaient sur la preuve. Néanmoins, une fois que Bennett et Feldman ont identifié le recours au concept organisateur d'histoire, ils ont pressenti que ce concept avait un important potentiel explicatif en permettant de lier les divers éléments des procès :

« In addition to its implications for legal judgment and the principles of case construction, the storytelling perspective provides a systematic way of thinking about the connections among diverse elements of trials. All too often the criminal trial is

Oxford University Press, 2011, p. 245 aux pages 246-247: « [...] it is now commonly argued or assumed that evidential inference is best viewed as a network or web of inferences. [...] [S]uch models generally rests on the compound proposition that real-world evidential inference usually or always consists of propositional "atoms" (i.e. relatively granular propositional statements about states of the world) that are linked together (in some way) by nomological entities of some kind, entities that are often — but not always — called "generalisations" ».

⁵³⁷ Amalia AMAYA, « Inference to the Best Legal Explanation », dans Hendrik KAPTEIN, Henry PRAKKEN et Bart VERHEIJ (dir.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Burlington, Ashgate Publishing, 2009, p. 135 à la page 135; les deux principales théories probabilistes sont la théorie bayésienne et pascalienne. Voir P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 151-159; A. STEIN, préc., note 79, p. 42; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 65 et suiv.

⁵³⁸ A. AMAYA, préc., note 537 à la page 135; S. HAACK, préc., note 90, p. 47 et suiv.; pour des références relatives aux débats sur les théories probabilistes, voir H. L. HO, préc., note 89, p. 114.

⁵³⁹ H. KAPTEIN, H. PRAKKEN et B. VERHEIJ (dir.), préc., note 533, p. 6.

⁵⁴⁰ L'opposition entre ces deux courants est relevée par quelques auteurs. Voir S. HAACK, préc., note 90, p. 20-21; William TWINING, « Narrative and Generalizations in Argumentation about Questions of Fact », (1999) 40-2 *South Tex. Law Rev.* 351, 352; J. D. JACKSON, préc., note 76, 320.

⁵⁴¹ Voir H. KAPTEIN, H. PRAKKEN et B. VERHEIJ (dir.), préc., note 533, p. 6.

discussed as though it were an incoherent collection of variables with disembodied statistical links to verdicts and sentences. Much of the existing research on criminal trials has involved large inventories of variables such as the type of crime, the social and economic characteristics of defendants and jurors, the behavior of lawyers, the rules of the court, the deliberation procedures of juries, the group dynamics of juries, and so on. This "inventory of variables" approach to research on trials has produced an inventory of findings showing the probability with which different variables can be expected to affect the outcome of a trial. Not only are the statistical effects of the separate variables generally small, but there has been little theorizing about why different variables come into play, why they enter some cases and not others, how they operate together, and what links them systematically to the justice process. It can be shown that the characteristics of different kinds of stories can touch on virtually any feature of a trial ranging from the nature of the judge's instructions to the race of the defendant. Stories, as the mechanisms that selectively determine the relevance of various courtroom factors in any given case, provide a basis for transforming the statistical inventory of trial variables into a theoretical framework. »⁵⁴²

Si Bennett et Feldman ne s'adressaient pas aux juristes à première vue, la conception narrative du procès a permis à ceux-ci de repenser la preuve judiciaire d'une façon interdisciplinaire et holistique, offrant ainsi le cadre théorique nécessaire à une théorie générale de la preuve : la théorie explicative de la preuve⁵⁴³.

La théorie explicative de la preuve

Une théorie générale de la preuve fournit une conception ou des explications sur la structure et la nature du processus de mise en preuve judiciaire⁵⁴⁴. Le père de la théorie explicative, le professeur Ronald J. Allen, fonde sa théorie expressément sur la structure du procès révélée par le *Story Model*⁵⁴⁵. Il est conçu comme une procédure éliminatoire suivant laquelle l'histoire qui a le plus de force explicative prévaut sur ses rivales⁵⁴⁶. Dans un cas donné, la théorie explicative de la preuve suppose l'évaluation d'une explication particulière

⁵⁴² W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 5-6 (soulignements ajoutés).

⁵⁴³ Relevant le potentiel théorique des histoires au procès suite aux études empiriques, voir W. TWINING, préc., note 59, p. 124.

⁵⁴⁴ M. S. PARDO, préc., note 174, 559.

⁵⁴⁵ R. J. ALLEN et B. LEITER, préc., note 90, 1528; rapportant et résumant le *Story Model* comme permettant de développer une théorie du droit de la preuve conforme à la méthodologie de détermination des faits réelle. Voir R. J. ALLEN, préc., note 288, 398 et suiv.; L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 294.

⁵⁴⁶ Ronald J. ALLEN et Alex STEIN, « Evidence, Probability, and the Burden of Proof », (2013) 55 *Ariz. Law Rev.* 557, 573; R. J. ALLEN et B. LEITER, préc., note 90, 1528.

de la preuve et de l'événement qu'elle sous-tend suivant son caractère meilleur ou pire que ses alternatives⁵⁴⁷. Par rapport à la notion d'« histoire », celle d'« explication de la preuve » a ainsi l'avantage d'intégrer en elle-même l'importance que l'histoire racontée explique la preuve retenue (c'est-à-dire l'importance de la *couverture*). Même si l'expression utilisée est « explication de la preuve », celle-ci revêt la forme narrative et les termes anglais signifiant « version des événements », « histoire », « scénario » et « explication » sont utilisés indistinctement pour référer aux « explications de la preuve » de la théorie explicative⁵⁴⁸.

Allen qualifie son approche d'évaluation de la « plausibilité relative »⁵⁴⁹ des explications⁵⁵⁰. L'équivalent suivant la définition des termes utilisés dans le présent mémoire est plutôt la « *vraisemblance* relative » des différentes explications de la preuve⁵⁵¹. La qualification de cette *vraisemblance* de « relative » permet d'insister sur le caractère comparatif, voire éliminatoire, du processus judiciaire. En effet, une explication ne peut être « meilleure » qu'en étant comparée à une autre⁵⁵². L'explication doit donc être fondée dans la preuve, mais elle doit aussi rendre improbable les scénarios rivaux afin que ne subsiste que l'explication factuelle la plus adéquate considérant la preuve⁵⁵³.

Dans la théorie explicative de la preuve, la preuve judiciaire comme la détermination judiciaire des faits sont conçues de façon holistique : le jugement sur les faits résulte d'une comparaison du caractère *vraisemblable* des différentes explications de la preuve plutôt que

⁵⁴⁷ M. S. PARDO, préc., note 174, 596.

⁵⁴⁸ R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546; L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 294; Michael S. PARDO et Ronald J. ALLEN, « Juridical Proof and the Best Explanation », (2008) 27-3 *Law Philos.* 223, 250; R. J. ALLEN et B. LEITER, préc., note 90; R. J. ALLEN, préc., note 288, 419.

⁵⁴⁹ Notre traduction de l'expression « *relative plausibility* ». Voir R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 560.

⁵⁵⁰ La « *relative plausibility theory* » est le deuxième nom qu'il donna à sa théorie, alors qu'il la destinait à expliquer uniquement le concept de fardeau de preuve. Voir R. J. ALLEN, préc., note 163, 1991; la première forme de cette théorie, encore inachevée, était dénommée « *equally well specified cases approach* ». Voir R. J. ALLEN, préc., note 288.

⁵⁵¹ Allen base son approche sur le *Story Model* selon lequel la notion de *plausibilité* est l'équivalent fonctionnel de la *vraisemblance* telle qu'utilisée dans le présent mémoire (voir *supra*, note de bas de page 205). Les attributs de la *plausibilité* d'une explication selon Allen sont les mêmes que ceux de la *vraisemblance* telle que définie dans le présent texte (voir *supra*, Figure 2 - Synthèse des critères de vraisemblance d'une histoire suivant les études de Bennett et Feldman et Pennington et Hastie, p. 50).

⁵⁵² Voir M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 232.

⁵⁵³ R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 573.

d'une addition de valeurs spécifiques qui seraient attribuées à chacun des éléments de preuve présentés⁵⁵⁴. La théorie explicative de la preuve est une théorie générale de la preuve qui s'inscrit dans la conception narrative du procès :

« Relative plausibility takes hold at the very beginning of a case. Litigation starts off with opening statements as to how the world was the day in question. At the end of the case, each side attempts to close the deal by weaving together a coherent narrative in the closing argument, where plausibility is determined in common sense terms. To win the plausibility contest, evidence that a party relies upon must unfold a narrative that makes sense to a natural reasoner: a layperson. There is no algorithm for "plausibility;" the variables that inform judgments of plausibility are all the things that convince people that some story may be true, including coherence, consistency, coverage of the evidence, completeness, causal articulation, simplicity, and consilience (understood as the breadth of the explanation). Factfinders then consider the parties' competing stories and decide which is superior; in some cases, they construct their own account of the events in light of the parties' evidence and arguments. »⁵⁵⁵

La théorie explicative suppose un processus inférentiel en deux étapes, d'abord la génération d'explications, puis la sélection de celle qui explique le mieux la preuve⁵⁵⁶. À la première étape, les parties offrent leur version des événements qui, si elle était vraie, expliquerait la preuve présentée au procès, tout en incluant les éléments formels du droit qu'elle tente d'établir (ou excluant au moins un des éléments du droit que l'autre partie tente d'établir)⁵⁵⁷. Dans tous les cas, le *juge des faits* n'est pas limité aux explications présentées par les parties et peut inférer de la preuve qu'il en existe une meilleure⁵⁵⁸. Le processus de génération d'explications est limité d'abord par les éléments du droit substantiel qui guident les sujets sur lesquels une explication différente peut engendrer une conséquence juridique pour une partie, puis par les éléments factuels sur lesquels l'histoire des parties diffère particulièrement⁵⁵⁹.

⁵⁵⁴ R. J. ALLEN et B. LEITER, préc., note 90, 1527.

⁵⁵⁵ R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 567-568 (renvoi omis).

⁵⁵⁶ M. S. PARDO, préc., note 174, 597; M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 229 et 234; Ronald J. ALLEN et Michael S. PARDO, « Probability, Explanation and Interference: a Reply », (2007) 11 *Int. J. Evid. Proof* 307, 315.

⁵⁵⁷ M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 234; R. J. ALLEN et M. S. PARDO, préc., note 556, 315; R. J. ALLEN, préc., note 288, 409.

⁵⁵⁸ M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 234.

⁵⁵⁹ *Id.*, 236 et 251.

À la seconde étape, le *juge des faits* décide de la *vraisemblance* relative des explications de la preuve générées⁵⁶⁰ selon un raisonnement abductif, c'est-à-dire suivant l'inférence à la meilleure explication⁵⁶¹ (ces deux notions étant considérées comme synonymes pour nos fins⁵⁶²). Le raisonnement par abduction est une façon de tirer des inférences logiques, comme le sont les raisonnements déductifs et inductifs⁵⁶³. Alors que la vision traditionnelle du procès suggère un mode de raisonnement inductif (généralisations à partir de chacun des éléments de preuve fondées sur le bon sens)⁵⁶⁴, la théorie explicative de la preuve suppose que le raisonnement sur les faits est plutôt abductif. Ce type de raisonnement est un processus cognitif largement utilisé dans la vie de tous les jours, souvent même de façon inconsciente⁵⁶⁵, pouvant être illustré par les exemples suivants :

« In many areas of life, from hard science to managing one's everyday affairs, explanatory considerations help to guide inference. From the fact that some proposition would explain a given phenomenon we infer that the proposition is true. And when several propositions may explain a given phenomenon we infer the one that best explains it. Quantum mechanics best explains sub-atomic phenomena; evolutionary theory best explains species variations; that George Washington existed best explains the

⁵⁶⁰ *Id.*, 235; voir aussi R. J. ALLEN, préc., note 163, 396.

⁵⁶¹ M. S. PARDO, préc., note 174, 597; R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 560; en anglais, les auteurs réfèrent à l'expression « *inference to the best explanation* » dont le sigle communément utilisé est « IBE ». Voir R. J. ALLEN et M. S. PARDO, préc., note 556, 315.

⁵⁶² Julian BAGGINI et Peter S. FOSL, *The Philosopher's Toolkit: A Compendium of Philosophical Concepts and Methods*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2010, p. 43: « *Abduction is a process of reasoning used to decide which explanation of given phenomena we should select, and so, naturally, it is also called "argument to the best explanation"*. *Often we are presented with certain experiences and are called upon to offer some sort of explanation for them.* »; Josephson explique que le raisonnement par abduction est parfois appelé « inférence explicative » (*the explanatory inference*) ou « inférence à la meilleure explication » (*inference to the best explanation*). Voir John R. JOSEPHSON, « On the Proof Dynamics of Inference to the Best Explanation », (2001) 22-5-6 *Cardozo Law Rev.* 1621, 1622.

⁵⁶³ Pour des explications et références sur le concept d'abduction, voir A. AMAYA, préc., note 537 à la page 136 et suiv.; cette auteure fonde sa propre théorie basée sur l'inférence à la meilleure explication, non pas suivant le *Story Model*, mais suivant une théorie de la cohérence. Voir *Id.* à la page 138; à ce sujet, voir aussi Amalia AMAYA, « Justification, Coherence, and Epistemic Responsibility in Legal Fact-Finding », (2008) 5-3 *Episteme J. Soc. Epistemol.* 306.

⁵⁶⁴ S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 36, n° 4:20.10; J. D. JACKSON, préc., note 76, 314; T. ANDERSON, D. A. SCHUM et W. L. TWINING, préc., note 166, p. 79 et 80.

⁵⁶⁵ J. R. JOSEPHSON, préc., note 562, 1623.

historical record concerning him; and that the Cubs won yesterday best explains why today's newspaper reports that they did. »⁵⁶⁶

Concrètement, l'inférence à la meilleure explication suit la logique suivante :

« D is a collection of data (facts, observations, givens).
[Hypothesis] H explains D (would, if true, explain D).
No other hypothesis explains D as well as H.
Therefore, H is probably correct. »⁵⁶⁷

Ce qui rend une explication meilleure suivant l'inférence à la meilleure explication est aussi ce qui fait qu'une histoire est plus *vraisemblable* suivant la théorie narrative du procès, notamment la *vraisemblance* de ses alternatives (caractère unique), sa *couverture* de la preuve et sa *plausibilité*, incluant sa *cohérence interne* et sa conformité avec les représentations sociales de celui qui en évalue la valeur (*cohérence externe*)⁵⁶⁸. Tout comme la théorie narrative le suppose, le droit est appliqué à la toute fin du processus de la détermination judiciaire des faits, par la vérification si l'explication retenue comme la meilleure inclut les éléments constitutifs de l'infraction ou de la défense invoquée⁵⁶⁹. L'abduction permet aussi de comprendre comment l'intention (*mens rea*) est imputée à l'accusé dans un cas donné : l'intention de l'accusé sera inférée comme étant la meilleure explication de l'*action* reprochée à l'accusé en considérant cette action dans le contexte de l'explication de la preuve (histoire) retenue par le *juge des faits*⁵⁷⁰.

Le droit édicte qu'une preuve est pertinente si elle rend un fait plus ou moins probable qu'il ne le serait sans cette preuve et elle est probante suivant sa capacité à augmenter ou

⁵⁶⁶ M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 223; voir aussi J. R. JOSEPHSON, préc., note 562, 1623.

⁵⁶⁷ J. R. JOSEPHSON, préc., note 562, 1622.

⁵⁶⁸ M. S. PARDO, préc., note 174, 597; *Id.*, 598; R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 568; M. S. PARDO, préc., note 174, 605; M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 235; Ronald J. ALLEN, « Explanationism All the Way Down », (2008) 5-3 *Episteme J. Soc. Epistemol.* 320, 325-326; R. J. ALLEN et M. S. PARDO, préc., note 556, 315; J. R. JOSEPHSON, préc., note 562, 1627; les caractéristiques de la meilleure explication suivant un raisonnement par abduction sont de façon générale conformes à celles relevées par la théorie narrative, soit la simplicité, la cohérence, ou encore le pouvoir explicatif et prédictif de l'explication. Voir J. BAGGINI et P. S. FOSL, préc., note 562, p. 43.

⁵⁶⁹ M. S. PARDO, préc., note 174, 598; R. J. ALLEN et B. LEITER, préc., note 90, 1528.

⁵⁷⁰ Voir Hendrik KAPTEIN, « Rigid Anarchic Principles of Evidence and Proof: Anomist Panaceas against Legal Pathologies of Proceduralism », dans Hendrik KAPTEIN, Henry PRAKKEN et Bart VERHEIJ (dir.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Burlington, Ashgate Publishing Company, 2009, p. 195 à la page 205.

diminuer la probabilité d'un fait en litige⁵⁷¹. Le recours au terme « probabilité » explique possiblement la tendance des juristes à adopter une vision probabiliste atomiste de la preuve. Selon cette dernière, la valeur probante d'une preuve peut être quantifiée sous la forme d'un ratio de véracité variant entre 0 (faux) et 1 (vrai)⁵⁷² et une preuve est pertinente lorsqu'elle affecte le ratio attribué à une proposition en litige⁵⁷³. Quoique la conception atomiste de la preuve a toujours supposé que la considération de la totalité de la preuve surpasse la somme de ses éléments individuels — notamment en raison de la valeur circonstancielle de certaines preuves qui permet d'inférer des faits qui ne sont pas autrement prouvés — elle suppose une approche de la preuve du particulier au général : la somme des éléments de preuve retenus comme probants permet de dresser la trame factuelle d'un cas donné.

La théorie explicative de la preuve, basée sur une vision holistique de la preuve, approche la preuve différemment. Elle suppose que la notion de « probabilité de véracité » des éléments de preuve édictée par le droit réfère au caractère *vraisemblable* de ladite preuve, c'est-à-dire au fait qu'elle soit « probablement vraie ». L'évaluation de cette probabilité de véracité (*vraisemblance*) dépend de celle des explications de l'ensemble de la preuve⁵⁷⁴. Ainsi, plutôt que d'examiner la probabilité mathématique d'une conclusion de faits ou d'une preuve, la théorie explicative de la preuve examine si des explications particulières, tenues pour vraies, expliquent mieux ou moins bien l'ensemble de la preuve que les explications alternatives⁵⁷⁵. Le raisonnement, basé sur l'ensemble de la preuve, est donc inversé par rapport à celui qu'implique la vision atomiste de la preuve : plutôt que de retenir une preuve en évaluant sa probabilité de véracité par rapport à la preuve admise jusqu'à ce moment, une conclusion de fait est retenue comme probablement vraie (*vraisemblable*) lorsque, tenue pour vraie, elle

⁵⁷¹ Voir *supra*, p. 34 et suivantes.

⁵⁷² M. S. PARDO, préc., note 174, 587; M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 247; cette conception pose un problème particulièrement bien documenté, celui de la classe de référence d'une preuve permettant d'établir son ratio dans un cas donné. Pour des références à des auteurs s'étant penchés sur la question, voir M. S. PARDO, préc., note 174, 587 et suiv.; H. L. HO, préc., note 89, p. 120; pour une discussion du problème de classe de référence, voir Ronald J. ALLEN et Michael S. PARDO, « The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence », (2007) 36 *J. Leg. Stud.* 107, 109 et suiv.; R. J. ALLEN et M. S. PARDO, préc., note 556.

⁵⁷³ R. J. ALLEN, préc., note 568, 321; M. S. PARDO, préc., note 174, 577. Pardo illustre aussi que cette définition ne permet pas d'expliquer dans tous les cas lorsqu'une preuve devient pertinente.

⁵⁷⁴ M. S. PARDO, préc., note 174, 597.

⁵⁷⁵ *Id.*, 596; M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 261.

constitue ou participe à la meilleure explication de la preuve considérée comme un tout⁵⁷⁶. Dans l'affaire *Mark Jensen* rapportée *supra*⁵⁷⁷, le passage d'une conception atomiste de la lettre de suicide de Julie vers une conception holistique peut s'illustrer comme suit : « *In other words, the question in the Jensen case was not whether Julie's letter made her murder more or less probable, but whether murder or suicide better explained the curious combination of evidence, including the letter.* »⁵⁷⁸ Suivant la théorie explicative de la preuve, une preuve est ainsi pertinente si elle supporte l'explication d'une partie ou affaiblit celle de l'autre :

« Evidence is relevant in the legal context if it provides a reason for thinking a particular explanation is true or false. The askable questions in this context include general questions like "what happened?" and whatever specific questions are necessary for deciding the elements of the claims, crimes, or defenses at issue. The alternative explanations provide potential answers to those questions, and evidence is relevant when it provides a reason to support or challenge one of the explanations. »⁵⁷⁹

Pour être pertinente, une preuve doit donc soutenir une explication démontrant l'existence ou la non-existence d'un des éléments prescrits par le droit substantiel, puisque seule la proposition d'une histoire incluant ou excluant un plusieurs de ces éléments aura une incidence sur le verdict⁵⁸⁰. Quant à la valeur probante d'une preuve, elle est relative à sa force explicative dans un cas donné :

« [...] the more the evidence is explained by, and hence justifies, the party's explanation of the evidence, the greater the probative value and hence the stronger the inference to the truth of that explanation. The strength of that inference will depend contextually on the other evidence, and the presence of other, contrary explanations. »⁵⁸¹

⁵⁷⁶ L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 294.

⁵⁷⁷ Voir *supra*, p. 63.

⁵⁷⁸ L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 294.

⁵⁷⁹ M. S. PARDO, préc., note 174, 602; voir aussi M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 241; R. J. ALLEN et M. S. PARDO, préc., note 556, 317.

⁵⁸⁰ R. J. ALLEN et M. S. PARDO, préc., note 556, 317. Sur le fait que la pertinence est relative à un élément du droit substantiel, voir *supra*, p. 34. Notons que le droit impose un « *story-frame* » restreint dans le temps et l'espace rendant rapidement non pertinent et donc inadmissible une preuve qui vise à soutenir une portion de l'histoire qui s'en éloigne. Voir *infra*, p. 189.

⁵⁸¹ M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 242 (renvois omis). Les auteurs illustrent ce point par l'exemple de la valeur probante du témoignage d'un individu qui dit avoir trouvé un collier dans la poche de l'accusé. Ce témoignage est très probant s'il existe de la preuve que le collier a été volé, mais sera beaucoup moins probant s'il existe de la preuve que le propriétaire du collier l'avait donné à l'accusé. Voir aussi R. J. ALLEN et M. S. PARDO, préc., note 556, 317.

Les auteurs illustrent ce point par l'exemple de la valeur probante du témoignage d'un individu qui dit avoir trouvé un collier dans la poche de l'accusé. Ce témoignage est très probant s'il existe de la preuve que le collier a été volé, mais sera beaucoup moins probant s'il existe de la preuve que le propriétaire du collier l'avait donné à l'accusé.

Comme le révèlent les études empiriques, rappelons que cette force probante varie selon la capacité de la preuve à soutenir une histoire dont les grandes lignes ont déjà été établies au moment de sa présentation, voire qui est déjà considérée comme *vraisemblable* par le *juge des faits* à ce moment⁵⁸². Contrairement à la conception atomiste de la preuve, la théorie explicative n'implique pas d'imputer au *juge des faits* l'attribution d'une valeur numérique à un élément de preuve considéré de façon isolée. Elle tient pour acquis que dans chaque cas, le *juge des faits* tente de reconstituer les événements en litige *tels qu'ils se sont déroulés* et ne cherche pas à évaluer la probabilité qu'un tel événement ait pu se produire dans l'abstrait — qui plus est en l'absence de toute preuve ou de connaissances particulières sur les statistiques de l'occurrence d'un tel événement :

« [...] factfinders try to get to the truth itself, rather than to a statistical surrogate of the truth. They do not base their decisions on the frequencies of events that resemble the event they are trying to reconstruct (even when those frequencies are available). Instead, they rely upon case-specific evidence that uncovers the details and individual characteristics of the event in question. »⁵⁸³

La théorie explicative de la preuve mobilise l'inférence à la meilleure explication non seulement pour l'évaluation de la pertinence et la valeur probante d'un élément de preuve, mais aussi pour l'évaluation de la satisfaction du fardeau de preuve prescrit par le droit. La détermination judiciaire des faits implique une décision prise sous un certain degré d'incertitude et les règles de fardeau de preuve visent essentiellement à déterminer comment et en faveur de qui cette incertitude doit être résolue⁵⁸⁴.

⁵⁸² Voir *supra*, p. 53 et suivantes.

⁵⁸³ R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 567; voir aussi R. J. ALLEN et M. S. PARDO, préc., note 572, 114; R. J. ALLEN, préc., note 288, 377.

⁵⁸⁴ R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 558; Louis KAPLOW, « Burden of Proof », (2012) 121-4 *Yale Law J.* 738, 741; A. STEIN, préc., note 79, p. 64; Ronald J. ALLEN et Craig R. CALLEN, « The Juridical Management of Factual Uncertainty », (2003) 7 *Int. J. Evid. Proof* 1, 1 et 4; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 353.

Dans les grandes lignes, la conception probabiliste de la preuve⁵⁸⁵ quantifie le fardeau de preuve par prépondérance comme équivalent ou plus grand que 0,5, et la preuve hors de tout doute raisonnable, vers 0,9⁵⁸⁶, ces chiffres représentant toujours un ratio de véracité variant entre 0 (faux) et 1 (vrai). Déjà là, un écart entre la théorie et la pratique doit être souligné : le droit positif prohibe toute quantification de la preuve hors de tout doute raisonnable puisque cela impliquerait de sacrifier ouvertement un certain nombre d'innocents pour le bon fonctionnement du système, en acceptant un taux d'erreur fixe⁵⁸⁷. Par ailleurs, la conception probabiliste ne permet ni d'expliquer comment un *juge des faits* peut conclure qu'il a atteint le 0,5 ou le 0,9 requis lors du procès, ni comment une cour supérieure ou d'appel peut réviser la suffisance de la preuve conformément à un tel fardeau⁵⁸⁸. Finalement, l'attribution d'une valeur numérique à chacun des éléments de preuve engendre une difficulté connue sous le nom du « paradoxe de conjonction » puisque ces valeurs ne peuvent pas être cumulées afin de vérifier l'atteinte du fardeau de preuve dans un cas donné⁵⁸⁹. La théorie

⁵⁸⁵ La théorie non probabiliste est moins abordée puisque la littérature est limitée à son sujet, ses vertus théoriques et explicatives étant limitées à la doctrine traditionnelle sur la question. Par exemple, Dale A. Nance explique que dans un cas où A et B sont des éléments qui doivent être prouvés selon la balance des probabilités dans un cas donné, la conception non probabiliste de la preuve prescrit que le demandeur ait gain de cause si la conjonction de A et B est plus probable que non. Voir D. A. NANCE, préc., note 436, 1568.

⁵⁸⁶ M. S. PARDO, préc., note 174, 590; R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 565; M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 241, 247; R. J. ALLEN, préc., note 568, 320; R. J. ALLEN, préc., note 163, 604; pour un tableau répertoriant les quantifications mathématiques des fardeaux de preuve par prépondérance des probabilités et hors de tout doute raisonnable établissant par quinze (15) études différentes, voir Reid HASTIE, « Algebraic models of juror decision processes », dans Reid HASTIE (dir.), *Inside the juror: The psychology of juror decision making*, New York, Cambridge University Press, 1993, p. 84 à la page 102.

⁵⁸⁷ Thomas STARKIE, *Practical Treatise of the Law of Evidence*, Philadelphia, T. & J.W. Johnson & Co. Print, 1876, p. 859, en ligne : <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.beal/zajv0001&id=824&div=16&collection=beal>>; R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 565; le chiffre de 0,91 correspond à la version numérique de la maxime attribuée à Blackstone voulant qu'il soit préférable que dix (10) coupables s'échappent plutôt qu'un (1) innocent soit condamné. Voir R. HASTIE, préc., note 586 à la page 102.

⁵⁸⁸ M. S. PARDO, préc., note 174, 591; H. L. HO, préc., note 89, p. 181; L. LAUDAN, préc., note 85, p. 77-78; P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 257; Pardo explique que cette conception ne permet pas non plus d'articuler laquelle des deux parties supporte le risque d'erreur. Voir M. S. PARDO, préc., note 174, 593.

⁵⁸⁹ Il s'agit de notre traduction de « *conjunction paradox* ». Voir M. S. PARDO, préc., note 174, 594; à titre d'exemple, si deux faits essentiels sont chacun prouvés être vrais à 0,7, la probabilité de la véracité de ces deux éléments ensemble est de 0,49, ce qui ne permet pas d'atteindre le niveau requis pour remplir le fardeau de preuve de la prépondérance de probabilités. Voir à titre d'exemple sur le paradoxe de conjonction : R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 563; M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 253; R. J. ALLEN, préc., note 568,

explicative de la preuve mobilise l'inférence à la meilleure explication pour articuler les différents fardeaux de preuve :

« [...] an explanation is selected as best, or at least acceptable, depending on the decision standard. Different standards of proof mean that the process is not always inference to the best explanation; the acceptability of an explanation for proof purposes shifts with the burden and standard of proof. »⁵⁹⁰

Dans le cadre d'une détermination factuelle suivant le fardeau de preuve par prépondérance des probabilités, le *juge des faits* infère la meilleure explication de la preuve retenue et la partie sur laquelle repose le fardeau de preuve doit avoir gain de cause si cette explication inclut les éléments formels du droit qu'il revendique — ou perdre dans le cas contraire⁵⁹¹. Si les explications générées sont également mauvaises ou bonnes pour expliquer la preuve, ou si la preuve présentée est insuffisante de sorte que plusieurs autres explications pourraient l'expliquer et que le *juge des faits* ne peut se décider, le jugement doit être rendu en défaveur de celui qui supporte le fardeau de la preuve⁵⁹². Dans tous ces cas, si le *juge des faits* n'est pas en mesure de retenir une explication plutôt qu'une autre, c'est parce qu'il juge qu'aucune d'elle n'est *vraisemblable* à proprement parler⁵⁹³. La distribution du risque d'erreurs que sous-tendent les fardeaux de preuve est claire sous la théorie explicative : la partie qui a le fardeau de preuve assume dans tous les cas un risque d'erreur additionnel, puisque même si son explication est meilleure que celle de l'autre partie, elle doit perdre si elle demeure insuffisante pour remplir le fardeau prescrit⁵⁹⁴. Cela est aussi vrai dans le cas du fardeau preuve hors de tout doute raisonnable.

322; A. STEIN, préc., note 79, p. 53; J. D. JACKSON, préc., note 76, 313; L. Jonathan COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977; *contra* R. LEMPert, préc., note 172, 451 et suiv.; la conception même d'un fardeau de preuve quantifié mathématiquement pose problème. Il s'agit du « *Gatecrasher Paradox* ». Voir à titre d'exemples seulement R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 573; H. L. HO, préc., note 89, p. 135 et suiv.; J. D. JACKSON, préc., note 76, 313; R. LEMPert, préc., note 172, 454 et suiv.

⁵⁹⁰ M. S. PARDO, préc., note 174, 597.

⁵⁹¹ *Id.*, 603; R. J. ALLEN et M. S. PARDO, préc., note 556, 316; R. J. ALLEN et B. LEITER, préc., note 90, 1528.

⁵⁹² M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 237-238; R. J. ALLEN et M. S. PARDO, préc., note 556, 316.

⁵⁹³ Cela rejoint les recherches empiriques voulant que le caractère *vraisemblable* d'une histoire augmente lorsqu'elle est la seule hypothèse *vraisemblable* (caractère unique), voir *supra*, p. 49.

⁵⁹⁴ M. S. PARDO, préc., note 174, 604.

Le fardeau de preuve en matière criminelle est rempli lorsqu'il existe une explication *vraisemblable* de la preuve qui inclut tous les éléments formels de l'infraction et qu'aucune explication *vraisemblable* de la preuve compatible avec l'innocence n'est produite⁵⁹⁵. Quoique l'inférence à la meilleure explication demeure la méthode de raisonnement dans un procès criminel, elle ne permet pas d'identifier *directement* l'histoire sélectionnée pour y appliquer le droit comme dans le contexte civil⁵⁹⁶. Une fois la meilleure explication de la preuve identifiée, il subsiste une étape. Le *juge des faits* doit se demander si une autre explication *vraisemblable*, cohérente avec l'innocence ou excluant un ou plusieurs éléments de l'infraction, peut aussi expliquer la preuve retenue :

« So long as the general relationship holds, that the better the explanation the more likely true, then, for example, having a plausible explanation of innocence makes the possibility of factual innocence likely enough that the jury ought to acquit, even if this is not the best of the explanatory lot. »⁵⁹⁷

Un tel fardeau de preuve est en tout point conforme au droit positif canadien tel qu'expliqué *supra*⁵⁹⁸. En expliquant l'application du fardeau de preuve « hors de tout doute raisonnable », la Cour suprême du Canada a d'ailleurs parfois recours à des termes qui font échos à la théorie explicative de la preuve, comme dans cet extrait : « [...] il appartient au jury de déterminer s'il existe, à l'égard de cette preuve, une autre explication logique que la culpabilité de l'accusé. »⁵⁹⁹ Il en va de même de certains ouvrages de doctrine en droit de la preuve, comme l'illustre l'extrait suivant :

« On the traditional legal conception, the jury should approach the task of evaluating evidence by progressively eliminating explanations consistent with the accused's innocence, until guilt is the only eligible and inevitable conclusion. If the evidence in the case does not allow this point to be reached, the accused is entitled to an acquittal. [...] '[P]roof beyond reasonable doubt' [...] merely imply [...] that the jury may convict only when all explanations of the evidence that are consistent with innocence have been dismissed as untenable. From the the fact-finder's perspective, the asymmetrical 'proof beyond reasonable doubt' standard may function, not so much as a subjective measure of

⁵⁹⁵ *Id.*; M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 238; R. J. ALLEN et M. S. PARDO, préc., note 556, 316; R. J. ALLEN et B. LEITER, préc., note 90, 1528.

⁵⁹⁶ R. J. ALLEN et M. S. PARDO, préc., note 556, 317.

⁵⁹⁷ *Id.* (renvoi omis).

⁵⁹⁸ Voir *supra*, p. 78.

⁵⁹⁹ *R. c. Charemski*, préc., note 329, par. 4 (version française des motifs).

confidence in a particular conclusion, but as a procedure for reasoning about evidence. »⁶⁰⁰

La théorie explicative de la preuve est non seulement cohérente avec le droit, mais elle permet aussi d'éviter les difficultés opérationnelles et même morales d'une quantification mathématique du fardeau de preuve comme d'une mesure de la probabilité dans l'abstrait que les faits se soient déroulés comme ceux retenus.

La théorie explicative de la preuve explique la signification des notions juridiques de valeur probante, de pertinence et de fardeau de la preuve, ainsi que la distribution du risque d'erreurs que ces derniers supposent⁶⁰¹. Pour sa part, la vision traditionnelle du procès n'a jamais généré de théorie générale de la preuve cohérente et articulée⁶⁰². En se basant sur la structure de la théorie narrative du procès, la théorie explicative de la preuve acquiert un pouvoir explicatif important en raison de sa cohérence avec le raisonnement judiciaire sur les faits tel qu'il survient effectivement⁶⁰³. La théorie explicative n'est ni une théorie descriptive de ce qui se passe dans la tête du *juge des faits*⁶⁰⁴ ni une théorie prescriptive sur la façon dont il *devrait* réfléchir sur la preuve⁶⁰⁵. Il s'agit plutôt d'une théorie descriptive du *traitement judiciaire des faits* permettant d'articuler et d'expliquer plusieurs aspects du processus judiciaire liés à la preuve, que ce soit la sélection de la preuve par les avocats ou de la façon dont le *juge des faits* appréhende et traite cette preuve.

⁶⁰⁰ P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 258 (soulignements ajoutés).

⁶⁰¹ M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 261.

⁶⁰² Voir *supra*, p. 39.

⁶⁰³ Ronald J. ALLEN, « Taming Complexity: Rationality, the Law of Evidence and the Nature of the Legal System », (2013) 12-2 *Law Probab. Risk* 99-113, 108; R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 575; R. J. ALLEN, préc., note 568, 327; R. J. ALLEN et C. R. CALLEN, préc., note 584, 7; R. J. ALLEN et B. LEITER, préc., note 90, 1528; R. J. ALLEN, préc., note 288, 410.

⁶⁰⁴ Notons que d'autres considérations politiques, éthiques ou idéologiques peuvent dans tous les cas influencer la décision d'un cas particulier. Celles-ci ne sont pas considérées dans le cadre du présent mémoire.

⁶⁰⁵ La charte de Wigmore telle que présentée par Twining s'apparente davantage à une méthode prescriptive en ce qu'il la dépeint comme ayant le potentiel d'augmenter la rationalité du raisonnement sur la preuve si elle était utilisée par le *juge des faits*. Voir W. TWINING, préc., note 59, p. 342; Lempert perçoit un potentiel prescriptif à l'approche probabiliste bayésienne de la preuve. Il reconnaît que ce modèle ne reflète pas le raisonnement naturel du *juge des faits*, mais il estime que si ce modèle s'avère fonctionnel, il pourrait éventuellement être *imposé* au *juge des faits* afin de garantir la rationalité des décisions judiciaires sur les faits. Voir R. LEMPert, préc., note 172, 449-450.

Du fait de sa conformité au raisonnement réel du *juge des faits*, la théorie explicative présente aussi un potentiel normatif important⁶⁰⁶. Elle fournit des guides pour le *juge des faits* et les cours supérieures, permettant d'articuler les critères juridiques du verdict dirigé, de l'appel, ou d'une révision de la suffisance de la preuve⁶⁰⁷. En articulant l'application des différents fardeaux de preuve, la théorie explicative de la preuve permet aussi de mieux guider le *juge des faits* dans leur application⁶⁰⁸. La prescription que « le demandeur doit prouver la négligence par une prépondérance de preuve » dans un cas donné est un raccourci qui a toujours voulu signifier que le demandeur devait prouver par une prépondérance de preuve que *les événements* tels que survenus contenaient tous les éléments juridiques de la négligence⁶⁰⁹. Néanmoins, la seconde formulation, basée sur le raisonnement propre à la théorie explicative, présente l'avantage de clarifier que c'est avant tout la question des *événements survenus* qui se pose, sans égard au droit, plutôt que la survenance de chacun des éléments juridiques de la négligence⁶¹⁰.

Critiques de la théorie explicative de la preuve

La théorie explicative de la preuve a évolué au fur et à mesure des articles qui la critiquent, depuis 25 ans, de sorte qu'elle peut aujourd'hui être résumée de façon simple. Les critiques qui demeurent à ce jour pertinentes sont assez raffinées pour permettre de comprendre que les dissensions de point de vue se situent généralement au-delà des reproches adressés, dans les prémisses que suppose la théorie explicative de la preuve. Ce n'est souvent pas à la logique ou la cohérence de la théorie explicative que ces critiques s'attaquent, mais plutôt à la reconceptualisation holistique et narrative du processus judiciaire qu'elle implique nécessairement.

Les critiques abordées dans le présent texte sont de 3 ordres. Une première série de critiques condamne le fait que la théorie explicative de la preuve suppose des changements au

⁶⁰⁶ M. S. PARDO, préc., note 174, 559; M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 268; *Id.*, 261.

⁶⁰⁷ M. S. PARDO, préc., note 174, 554, 591-592 et 605; M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 263.

⁶⁰⁸ M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 266.

⁶⁰⁹ D. A. NANCE, préc., note 436, 1589.

⁶¹⁰ En droit criminel, ce n'est pas chaque élément de l'infraction qui doit être prouvé hors de tout doute raisonnable mais plutôt le déroulement des faits qui inclut chacun des éléments de l'infraction. Voir *supra*, p. 80.

niveau du droit. Une seconde critique récurrente lui reproche de nier l'importance des arguments juridiques. Finalement, la dernière avance que le recours à la notion d'histoire rend le processus judiciaire perméable à l'irrationalité.

1) La théorie explicative de la preuve impose des changements juridiques

Certains sont d'avis que la théorie explicative n'implique pas seulement une reconceptualisation holistique du procès, mais prescrit un nouveau modèle judiciaire⁶¹¹, par exemple en obligeant les défendeurs ou les accusés à produire une défense alors que cela n'est pas l'état du droit⁶¹². Selon nous, ce n'est pas le cas. En articulant les prescriptions de droit positif conformément à la théorie narrative du procès qui rend compte de ce qui survient réellement au tribunal, la théorie explicative de la preuve ne fait que révéler une réalité que la vision traditionnelle atomiste permettait d'ignorer, soit qu'il existe un risque inhérent au fait pour une partie de ne pas présenter de version alternative des faits⁶¹³. Elle n'implique pas de modifier les fardeaux de preuve, mais plutôt de reconnaître que l'application des fardeaux de preuve telle que le prescrit le droit n'engendre pas les conséquences qu'avance la vision traditionnelle.

Une théorisation du droit de la preuve conforme à la théorie narrative permet de rendre apparent ce qui est fait quotidiennement de façon implicite dans la pratique judiciaire⁶¹⁴. La théorie explicative n'implique aucune réforme du droit judiciaire ou du processus judiciaire tel qu'il se déroule actuellement⁶¹⁵. Ainsi, pour Allen, l'arrêt *Old Chief* ne fait que reconnaître une réalité préexistante : la preuve judiciaire a toujours présenté une structure narrative⁶¹⁶. Il estime que plusieurs éléments du procès témoignent de cette structure dont la théorie

⁶¹¹ R. LEMPert, préc., note 172, 468.

⁶¹² S. HAACK, préc., note 90, p. 21; R. LEMPert, préc., note 172, 475.

⁶¹³ Voir *infra*, 4.1.1 Nier ou garder le silence?, p. 153.

⁶¹⁴ Voir à ce sujet M. S. PARDO, préc., note 174, 554: « [...] even “untheorized” trial practices may ultimately turn out to be good ones, but evidence theory nevertheless makes explicit what is implicit in these practices, so that we can better examine, evaluate, critique, and perhaps improve them. ».

⁶¹⁵ M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 241: « We are not offering new standards; we are illuminating how explanatory factors guide the inferential processes at trial, and how the structure of the system is designed to control and foster those practices. »; voir aussi R. J. ALLEN, préc., note 603, 413.

⁶¹⁶ R. J. ALLEN, préc., note 568, 326.

explicative ne fait que prendre acte⁶¹⁷. Essentiellement, Allen propose la théorie explicative de la preuve comme étant la *meilleure explication* du traitement judiciaire de la preuve tel qu'il existe aujourd'hui :

« My effort is to understand the nature of juridical proof and give a true and accurate description of it. The project is thus purely positive rather than normative, although obviously states of the world may have normative implications. Nonetheless, I am not arguing that some description of the state of the world should be adopted for any reason other than that it appears to be the best explanation we can currently give of our observations. In light of that description, others may laud or condemn the state of affairs, but that is not my concern. »⁶¹⁸

Nous sommes d'avis que la théorie explicative n'implique aucune modification du droit en vigueur. Le fait que cette théorie se rapproche de la pratique permet de se rendre compte d'un fossé entre les conséquences supputées par la vision traditionnelle de certaines prescriptions juridiques et les conséquences réelles de leur application au tribunal. Si la théorie narrative peut éventuellement mener à des réformes du droit positif afin qu'il soit cohérent avec les objectifs qu'il prétend poursuivre, ce n'est certainement pas une condition à l'applicabilité de la théorie explicative. Rappelons qu'elle est essentiellement de nature analytique et non de nature normative.

2) *La théorie explicative de la preuve nie l'importance de l'argument*

Comme plusieurs auteurs en droit de la preuve, William Twining reconnaît que les histoires ont une importance centrale au tribunal, mais il estime qu'une théorie de la preuve complète ne doit pas considérer uniquement les histoires et faire une place aux arguments⁶¹⁹. Le théoricien juge les deux notions complémentaires et tout à fait indispensables pour saisir

⁶¹⁷ Allen relève que les déclarations d'ouverture et les plaidoiries sont cohérentes avec la théorie narrative du procès. Voir R. J. ALLEN, préc., note 288, 419; la conception du procès contradictoire comme d'un concours épistémique fortement comparatif serait profondément ancrée dans notre système juridique. Voir *Id.*; les auteurs de la théorie explicative de la preuve recensent plusieurs exemples de jugements américains qui comparent le caractère vraisemblable des théories de la cause présentées par les parties, démontrant de ce fait le potentiel explicatif de la théorie explicative de la preuve. Ils listent aussi nombre de jugements et d'instructions aux jurés qui leur semblent démontrer la structure narrative du procès. Voir M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 264; R. J. ALLEN, préc., note 568, 326; R. J. ALLEN et M. S. PARDO, préc., note 572, 136; R. J. ALLEN et B. LEITER, préc., note 90, 1528-1533; R. J. ALLEN, préc., note 288, 416.

⁶¹⁸ R. J. ALLEN, préc., note 568, 321.

⁶¹⁹ W. TWINING, préc., note 59, p. 445.

entièrement le processus judiciaire. Il est d'avis que Bennett et Feldman ont ignoré les notions juridiques telles que la pertinence, le fardeau de preuve, les présomptions et les théories de la cause, ce qui les aurait menés à exagérer l'importance des histoires dans la détermination judiciaire des faits⁶²⁰. Pour Anderson, Schum et Twining, les histoires sont ainsi utilisées au procès soit conjointement avec l'argument⁶²¹, soit pour communiquer et convaincre d'un fait en litige⁶²².

Nous sommes d'avis que cette critique résulte d'une incompréhension du rôle de la théorie explicative de la preuve et, par extension, de la théorie narrative du procès. Dans celles-ci, le concept d'histoire n'est pas mobilisé par le plaideur à titre d'*outil* pour convaincre le *juge des faits* de sa théorie de la cause; l'histoire *est* sa théorie de la cause. Que ce soit sous la vision traditionnelle ou dans le cadre de la théorie narrative du procès, les recours aux arguments logiques ou à des histoires populaires de manière à faire appel à leur capital émotionnel sont tous les deux des moyens auxquels le plaideur peut avoir recours pour *convaincre* le *juge des faits* de retenir sa théorie de la cause. La particularité de la théorie narrative du procès est qu'elle suppose que cette théorie de la cause revêt par ailleurs la forme narrative⁶²³. Si l'histoire sélectionnée à titre de théorie de la cause peut par ailleurs présenter un pouvoir rhétorique en elle-même — une possibilité dont nous avons traité précédemment⁶²⁴, cet aspect n'est pas exploité par la théorie explicative de la preuve, le concept d'histoire étant mobilisé uniquement à titre d'outil structurant pour appréhender et organiser la preuve tout au long du processus judiciaire. La théorie narrative du procès comme la théorie explicative de la preuve ne visent pas à expliquer ce que les procureurs *doivent* ou *devraient* faire, mais ce qu'ils *font* déjà dans le cadre d'un procès. Par ailleurs, cette critique repose aussi sur une opposition entre une logique qui serait « pure » et une logique

⁶²⁰ *Id.*, p. 310.

⁶²¹ *Id.*, p. 337; T. ANDERSON, D. A. SCHUM et W. L. TWINING, préc., note 166, p. 280.

⁶²² W. TWINING, préc., note 59, p. 337.

⁶²³ Voir *supra*, chapitre 3.2, p. 99. Voir R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 568.

⁶²⁴ Voir *supra*, p. 93.

« narrative », alors que ces deux formes de raisonnements sont des outils de la raison humaine qui ne sont pas forcément mutuellement exclusifs ou opposés⁶²⁵.

3) *Les histoires sont dangereuses et rendent le processus judiciaire irrationnel*

La critique la plus commune de la théorie narrative comme de la théorie explicative de la preuve est le recours aux histoires. Cela aurait pour effet de « pervertir » le système judiciaire en le rendant subjectif, l'éloignant de la rationalité et de l'objectivité nécessaire pour qu'il atteigne son but : établir la vérité-correspondance. La position de Twining, qu'endossent par ailleurs Anderson et Schum, est que les histoires sont dangereuses :

« [Stories] are clearly dangerous, and lawyers and law students should be aware of the common dangers. [...] They seem to perform an indispensable psychological role, as the American jury research convincingly shows but they are also wonderful vehicles for subverting cherished legal principles such as judge the act not the actor; distinguish clearly between the relevant and the irrelevant; decide only on the basis of evidence presented; and so on. Stories may be accepted because they are familiar or reassuring or memorable rather than because they are true. Good stories tend to push out true stories (as in this piece?). But stories are also widely perceived as important, maybe even necessary, not only to fill in gaps or to complement rigorous logical analysis or 'to make sense of a case' (whatever that may mean), but also as part of an argument. This raises profound philosophical questions about our conceptions of rationality. »⁶²⁶

Les histoires sont dites dangereuses en ce qu'elles peuvent être utilisées pour contourner les règles de preuve et pour convaincre par l'émotion plutôt que par la raison. Ultimement, elles entraîneraient le risque qu'une bonne histoire prenne la place de l'histoire vraie⁶²⁷. En fait, ces critiques se basent essentiellement sur la prémisse d'une antinomie entre le droit et les histoires, entre la rationalité et l'émotion⁶²⁸. Pour le juge Posner, les procès sont actuellement préservés de l'emprise induite des émotions et les histoires, en faisant appel aux

⁶²⁵ Voir à cet égard C. H. DESANCTIS, préc., note 258.

⁶²⁶ W. TWINING, préc., note 59, p. 283 (renvois omis); voir aussi *Id.*, p. 446; Anderson et Schum endossent la position de Twining dans leur ouvrage commun, T. ANDERSON, D. A. SCHUM et W. L. TWINING, préc., note 166, p. 280-281.

⁶²⁷ D. SIMON, préc., note 35, 187; T. ANDERSON, D. A. SCHUM et W. L. TWINING, préc., note 166, p. 280-281; J. E. LARSON, préc., note 156, 186-187.

⁶²⁸ P. BROOKS, préc., note 150, 5.

émotions, sont ni plus ni moins qu'un danger pour le droit⁶²⁹. Le juge américain Pierre N. Leval estime pour sa part que malgré l'intérêt que peut présenter l'étude de la rhétorique pour rédiger des jugements convaincants, cet outil ne devrait pas être utilisé par les juges puisqu'il risque de diminuer la rigueur et l'objectivité des analyses judiciaires⁶³⁰. Apparemment, il semble d'avis que les jugements sont actuellement dénués de la logique de persuasion de la rhétorique.

Contrairement à cette perspective, la théorie narrative du procès s'appuie plutôt sur le postulat que les histoires sont d'ores et déjà *inhérentes* au droit⁶³¹, plus spécifiquement au processus judiciaire. Ce faisant, la critique voulant que l'importation de la notion d'histoire au sein du système judiciaire risque de le pervertir perd son fondement. La théorie narrative du procès et, incidemment, la théorie explicative de la preuve n'impliquent pas que le procès et la preuve *deviennent* plus narratifs : elles prétendent qu'ils le sont déjà⁶³². Nier le caractère essentiel des histoires au système judiciaire dans la théorie ne permet pas de rendre les histoires moins centrales dans la pratique. Cela n'a pour effet que de rendre indisponibles les outils théoriques nécessaires pour les identifier, les interpréter ou analyser leurs incidences. Une théorisation du procès ou de la preuve ayant en son centre la notion d'histoire n'a pas pour effet de transformer un processus objectif en un processus subjectif, mais plutôt de prendre acte de la réalité du procès en reconnaissant la part de subjectivité inhérente à un processus décisionnel basé sur le récit de faits. Seule la reconnaissance de cette subjectivité permet de mieux en appréhender les conséquences, voire de les diminuer. Contrairement aux auteurs dont les critiques sont ici rapportées, nous sommes d'avis que la notion d'histoire une fois articulée au sein de la théorie explicative de la preuve ne permet pas de contourner les règles de preuve, mais plutôt de mieux les comprendre, de vérifier leur bien-fondé, de réviser l'étendue de leur application dans une cause donnée et ainsi de s'assurer qu'elles soient

⁶²⁹ R. A. POSNER, préc., note 254, 744.

⁶³⁰ Pierre N. LEVAL, « Judicial Opinions as Literature », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 206 à la page 210.

⁶³¹ P. BROOKS, préc., note 150, 5; sur le caractère inhérent au droit des narratifs à de multiples niveaux, voir G. BINDER et R. WEISBERG, préc., note 152, p. 261.

⁶³² Ce commentaire est emprunté aux auteurs Binder et Weisberg qui l'ont formulé à propos de la controverse relative au « *legal storytelling* ». Voir G. BINDER et R. WEISBERG, préc., note 152, p. 283.

respectées de manière à ce qu'elles produisent *effectivement* les conséquences que leur promulgation visait. C'est d'ailleurs ce qu'illustre l'arrêt *Old Chief*⁶³³.

Les auteurs qui critiquent le recours aux histoires les dépeignent comme dangereuses suivant leur propension à affecter le caractère rationnel du processus judiciaire. Les psychologues démontrent que les histoires font partie de la mécanique de la cognition humaine et le recours aux histoires pour simplifier, organiser et interpréter nos perceptions n'est pas une erreur de la raison humaine, mais *est* la raison humaine⁶³⁴. La théorie explicative de la preuve suppose un raisonnement basé sur l'inférence à la meilleure explication, un outil de la cognition humaine. Suivant Allen, cela cadre avec la vision du système judiciaire comme d'un processus rationnel⁶³⁵. Dans la mesure où il s'agit d'un processus de réduction et de simplification des faits par l'application d'un outil cognitif⁶³⁶, la théorie explicative de la preuve basée sur le raisonnement abductif constitue un processus tout aussi rationnel que le raisonnement par induction qu'implique la vision traditionnelle du procès :

« The evidence pertinent to those disputes is thus generated in completely unpredictable and idiosyncratic ways and is applicable to disputes that are themselves equally unpredictable and idiosyncratic. The legal system's response to this chaos is again quite analogous to the response of humans to their environment. It has been to attempt to get control over the chaos through rules or principles of evidence formulated much as the notions of rationality were and are formulated. In large measure, this involves both generalizing experience and reduction of the chaotic environment into discrete issues that can then be dealt with in a straightforward fashion. »⁶³⁷

⁶³³ Voir *supra*, p. 118.

⁶³⁴ J. E. LARSON, préc., note 156, 183; soulevant la fausse dichotomie entre la logique et la rationalité narrative, voir C. H. DESANCTIS, préc., note 258; voir aussi S. M. WILLIAMS, préc., note 220, p. 45.

⁶³⁵ R. J. ALLEN, préc., note 603, 106. Le système judiciaire tient pour acquis que des personnes qui raisonnent peuvent traiter et délibérer sur de la preuve d'une façon équitable et qu'il s'agit d'une garantie raisonnable, mais pas parfaite, de résultats rationnels; décrivant le *Story Model* comme démontrant que la détermination judiciaire factuelles suit un modèle rationnel, voir Craig R. CALLEN, « Cognitive Strategies and Models of Fact-Finding », dans John JACKSON, Máximo LANGER et Peter TILLERS (dir.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 165.

⁶³⁶ Il est hors du projet du présent mémoire de nous prononcer sur le caractère rationnel du processus que supposent la théorie narrative du procès ou la théorie explicative de la preuve, ou encore sur la définition de la rationalité qui en découle.

⁶³⁷ R. J. ALLEN, préc., note 603, 102 (soulignements ajoutés).

Bien que l'approche probabiliste de la preuve puisse paraître plus objective que la théorie explicative, il n'en est rien. Ce n'est pas parce qu'elle suppose le recours à des chiffres pour quantifier la valeur probante de la preuve et le fardeau de preuve que l'attribution d'un ratio de probabilités entre 0 et 1 en l'absence de tout référent est moins subjective que le choix de la « meilleure » explication de la preuve :

« [...] all theories of juridical evidence will have a subjective component, but the irony of the Bayesian approach is that it implicitly exploits the false hope that by running one's subjective beliefs through Bayes' Theorem with the assistance of equally subjective likelihood ratios, something other than a subjective output will result. This is false. »⁶³⁸

En somme, les critiques les plus récurrentes de la théorie explicative visent essentiellement la conceptualisation holistique et narrative du procès judiciaire qu'elle implique nécessairement. En supposant que les histoires sont au centre du procès, la théorie narrative suggère forcément l'abandon de cette idée traditionnelle du procès comme d'un processus permettant d'atteindre la vérité-correspondance. La persistance de ce réflexe propre à la vision traditionnelle sous-tend la plupart des critiques abordées ci-dessus : les histoires sont perçues comme un danger permettant à la *fiction* de pénétrer au tribunal et d'empêcher la découverte de la Vérité que le système permettrait autrement d'atteindre efficacement. La théorie explicative de la preuve, tout comme la théorie narrative du procès, remet effectivement en question cette prémisse de la vision traditionnelle et suggère de ce fait un changement épistémologique. Cette question sera abordée plus particulièrement dans le chapitre 5. Avant d'y arriver, le chapitre 4 s'attarde à illustrer l'impossibilité pour la détermination judiciaire des faits telle que prescrite par le droit d'atteindre la vérité-correspondance en traitant du cas particulier des erreurs judiciaires.

⁶³⁸ R. J. ALLEN et B. LEITER, préc., note 90, 1509.

4. Une relecture narrative des sources d'erreurs judiciaires

En conceptualisant le raisonnement sur la preuve qu'adoptent d'ores et déjà les participants à un procès lorsqu'ils respectent les prescriptions juridiques régulant le déroulement d'un procès, la théorie narrative met en exergue l'écart entre la pratique qui résulte de l'application du droit et le discours de la vision traditionnelle voulant que ce droit et cette pratique permettent effectivement d'atteindre la vérité-correspondance. La théorie narrative confirme ainsi ce que certains soupçonnaient : les erreurs judiciaires ne résultent pas forcément d'événements extraordinaires et peuvent découler de l'opération ordinaire du système judiciaire⁶³⁹. Elle révèle que la vision traditionnelle du procès ne rend pas compte de la réelle capacité du processus de détermination judiciaire des faits suivant le droit canadien actuel. Les auteurs ayant réalisé le potentiel explicatif de la théorie narrative quant aux erreurs judiciaires et dont nous rapportons les écrits dans le présent chapitre parviennent eux aussi inévitablement à la conclusion que le système judiciaire actuel ne fournit pas au *juge des faits* les moyens d'établir la vérité-correspondance⁶⁴⁰. Malgré leur recours à la théorie narrative, ces auteurs suggèrent néanmoins des réformes afin que la pratique se rapproche de l'idéal traditionnel, c'est-à-dire pour que le *juge des faits* soit mieux à même d'atteindre la vérité-correspondance. Nous sommes plutôt d'avis que l'inaptitude fondamentalement systémique de la détermination judiciaire des faits à établir la vérité-correspondance révélée par la théorie narrative illustre que ce n'est simplement pas ce type de vérité qui est visée⁶⁴¹.

La vision traditionnelle du procès et sa perspective atomiste de la preuve judiciaire ont certainement participé à ce que l'étude des « causes » d'erreurs judiciaires soit

⁶³⁹ Voir *supra*, chapitre 1. Voir à titre d'exemples A. M. SIEGEL, préc., note 22; E. LUNA, préc., note 54; D. GIVELBER, préc., note 15; A. D. LEIPOLD, préc., note 22; William S. LOFQUIST, « Whodunit? : An Examination of the Production of Wrongful Convictions », dans Sandra D. WESTERVELT et John A. HUMPHREY (dir.), *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001, p. 174 à la page 192.

⁶⁴⁰ Voir à cet égard R. GRUNEWALD, préc., note 188; L. K. GRIFFIN, préc., note 188; W. S. LOFQUIST, préc., note 639; D. GIVELBER, préc., note 15; Willem Albert WAGENAAR, Peter J. VAN KOPPEN et Hens F. M. CROMBAG, *Anchored Narratives: the Psychology of Criminal Evidence*, New York, St. Martin's Press, 1993.

⁶⁴¹ Dans le cas où le pouvoir politique — à qui il revient de décider de ces questions — décide que seul la vérité-correspondance doit être atteinte et aucune autre, c'est une modification fondamentale du droit en vigueur et de son application qui serait nécessaire.

particulièrement fragmentée et se présente sous forme de listes⁶⁴². La théorie narrative du procès jette un éclairage nouveau sur le phénomène des erreurs judiciaires. Son approche holistique permet de regrouper et de mieux comprendre les différentes causes d'erreurs judiciaires identifiées par la recherche⁶⁴³. Comme nous l'avons vu au chapitre 1, l'image projetée par la vision traditionnelle du procès est celle d'un système que la révolution ADN a révélée *affecté* par des biais qui lui sont extérieurs et qui l'empêchent d'atteindre la vérité-correspondance qu'elle est autrement en mesure d'atteindre. Au contraire, la théorie narrative permet de comprendre que certains biais sont inhérents à une détermination judiciaire des faits qui se prononce sur le caractère *vraisemblable* d'histoires en compétition suivant le *bon sens* du *juge des faits*. Ce dernier, comme nous l'avons également vu, retient une histoire particulière selon sa *plausibilité* eu égard à la preuve choisie et présentée par les parties (*couverture*), sans moyen ni de s'assurer qu'il a pu prendre connaissance de la totalité de la preuve qui lui permettrait de reconstituer les événements, ni de contre-vérifier la véracité de la preuve présentée autrement qu'en confrontant l'histoire qu'elle soutient à ses propres représentations sociales. Plus particulièrement, nous mobilisons la théorie narrative afin d'illustrer l'impact de deux éléments sur la détermination judiciaire des faits : les preuves inexactes (4.1) et les biais sociaux (4.2).

4.1 — La preuve inexacte

La théorie narrative du procès permet d'appréhender comme un tout la longue liste de preuves particulièrement susceptibles d'être inexactes et d'engendrer des erreurs judiciaires recensées au chapitre 1. Même si chaque condamnation erronée est différente, elles ont toutes en commun qu'une ou plusieurs preuves qui ne représentaient pas la Vérité ont passé toutes les étapes du processus judiciaire en supportant une histoire *vraisemblable*. Sous la théorie narrative, la problématique peut ainsi être conçue de façon holistique : dans les cas d'erreurs judiciaires reconnues, des preuves inexactes ont été présentées et l'histoire dans laquelle elles

⁶⁴² Cela a été relevé par le professeur de droit de la preuve anglais William Twining. S'attardant au problème particulier des identifications visuelles erronées, il suggère que la question bénéficierait d'être conçue dans le contexte d'une théorie plus complète du processus judiciaire. Voir W. TWINING, préc., note 59, p. 165.

⁶⁴³ Voir *supra*, p. 8.

s'inséraient a été retenue comme suffisamment *vraisemblable* pour que des policiers rédigent une dénonciation et qu'un procureur de la Couronne évalue avec justesse que cette histoire pouvait être plaidée avec succès lors d'un procès⁶⁴⁴.

Dans son rapport portant sur 3 condamnations erronées commises à Terre-Neuve, l'ancien juge en chef du Canada Antonio Lamer relevait certaines caractéristiques communes et récurrentes aux cas d'erreurs judiciaires, notamment le fait que la culpabilité repose sur de la preuve circonstancielle⁶⁴⁵ et que la police et le procureur de la Couronne font preuve de surplus de zèle dans leur rôle au sein du processus judiciaire. Le juge Lamer attribue ainsi aux policiers et aux procureurs de la Couronne la même position dans le système contradictoire, à l'opposée de celle qu'occupe l'accusé. Il avance que les policiers construisent une « théorie de la cause »⁶⁴⁶ dans laquelle le suspect est le coupable du crime, au risque de s'enfermer dans cette théorie et d'adopter une vision en tunnel du dossier, une autre « source » d'erreurs judiciaires discutée au chapitre 1. En assimilant le travail des policiers à la construction d'une théorie de la cause, une expression normalement utilisée de façon exclusive pour désigner le travail de préparation au procès des avocats, l'honorable Lamer souligne la similitude intrinsèque entre le travail de ces deux agents de l'État : c'est bel et bien une « théorie » sur le déroulement des événements passés, sur la suite d'actions prohibée et imputée à un suspect, puis à un accusé, que ces acteurs du système de justice développent de concert⁶⁴⁷.

Suivant la théorie narrative, cette théorie de la cause revêt une forme narrative centrée sur les *actions* prohibées par le *Code criminel*. Les histoires jouent effectivement un rôle important dès la phase de l'enquête, servant de guides pour la recherche et la découverte de nouvelles preuves⁶⁴⁸. C'est donc à l'étape de l'enquête que les différentes histoires possibles

⁶⁴⁴ Voir *supra*, p. 103.

⁶⁴⁵ Lamer qualifie les inférences tirées de la preuve circonstancielle dans les dossiers étudiés de « souvent faibles » (notre traduction de « *frequently such inferences are logically weak* »). Néanmoins, ces inférences ont été jugées par le *juge des faits* être les seules à pouvoir être tirées de la preuve présentée suivant son bon sens. Voir *supra*, p. 78. Nous sommes d'avis que la faiblesse est apparente *a posteriori*, mais que, vraisemblablement, ce n'était pas le cas quand l'innocence de l'accusé était inconnue. Voir A. LAMER, préc., note 43, p. 71.

⁶⁴⁶ Notre traduction de l'expression « *the theory of their case* ». Voir *Id.*, p. 72.

⁶⁴⁷ Kaufman aussi assimile le travail de développement d'une théorie par les enquêteurs à celui du poursuivant. Voir F. KAUFMAN, préc., note 43, p. 478.

⁶⁴⁸ Voir *supra*, note de bas de page 440.

sont initialement générées, encore une fois suivant un raisonnement par abduction⁶⁴⁹, pouvant être illustré en ces termes :

« Fact-investigators [...] rarely start with discrete items of evidence and they certainly never collect bits of evidence as one might collect shells from the sand. Evidence is gathered according to its relevance to the investigation in hand and this in turn involves considering and testing various hypotheses from the beginning. The investigation will generate some evidence at hand but almost at once an investigator must choose which evidence is relevant and ask questions relevant to the various hypotheses that are suggested. This will generate new evidence which will in turn enable the hypotheses to be refined or reconsidered. [...] he kind of imaginative reasoning necessary for this task is neither deductive nor inductive but abductive. »⁶⁵⁰

En l'absence de preuve directe des événements, la recherche d'un coupable est comparable à une construction narrative⁶⁵¹. Cette dernière se développe inévitablement à partir des représentations sociales de son auteur sur ce qui est le plus *plausible* d'être survenu. Cela explique que les cas où les risques d'erreurs judiciaires sont les plus grands sont ceux où les policiers doivent mener une enquête après que les conséquences d'un crime leur aient été rapportées⁶⁵².

Le processus de génération d'hypothèses, inhérent au travail des enquêteurs, implique plusieurs distorsions cognitives. Pour que les hypothèses initiales se développent, les enquêteurs recherchent des preuves à leur appui, ignorant sans le savoir des éléments de preuves qui s'expliquent difficilement selon les histoires générées jusque-là⁶⁵³. Tout processus de génération d'hypothèses implique par ailleurs que les nouveaux éléments sont d'abord et avant tout interprétés de manière à renforcer la croyance initiale⁶⁵⁴. Une fois qu'un indice mène les enquêteurs sur une piste qui n'est malencontreusement pas représentative de la Vérité, la recherche de preuve confirmant cette piste se poursuit inévitablement.

⁶⁴⁹ J. D. JACKSON, préc., note 76, 324. Pour une explication du raisonnement abductif, voir *supra*, p. 128.

⁶⁵⁰ *Id.*, 318 (soulignements ajoutés).

⁶⁵¹ W. S. LOFQUIST, préc., note 639 à la page 183.

⁶⁵² D. GIVELBER, préc., note 15, 1345.

⁶⁵³ R. GRUNEWALD, préc., note 188, 375.

⁶⁵⁴ Sur le biais de confirmation potentiel dans toute situation impliquant la génération d'hypothèses, voir D. J. KOEHLER, préc., note 39; pour une revue des recherches sur le biais de confirmation, voir K. A. FINDLEY, préc., note 38 à la page 307.

On dira qu'il y a eu vision en tunnel — telle que définie précédemment⁶⁵⁵ — à chaque fois que le procureur de la Couronne adhère aveuglément à l'histoire proposée par les policiers alors qu'elle se révèle inexacte *a posteriori*. La construction des histoires étant au centre du rôle des enquêteurs, il est inévitable qu'ils se trompent parfois. Or, le système judiciaire ne prévoit pas qu'il revient au procureur de la Couronne de contre-vérifier la véracité cette histoire. Règle générale, le procureur de la Couronne autorise une dénonciation ou dépose un acte d'accusation « [a]près s'être assuré qu'il existe une infraction en droit et qu'il peut légalement en faire la preuve »⁶⁵⁶, sur la base du dossier soumis par les policiers⁶⁵⁷.

Comme discuté antérieurement⁶⁵⁸, cela signifie que le procureur de la Couronne juge l'histoire contenue dossier suffisamment *vraisemblable* pour être éventuellement retenue par un *juge des faits* au procès. Il est ainsi le premier juge de l'histoire des enquêteurs⁶⁵⁹. Légalement, même s'il doit lui-même être moralement convaincu de la culpabilité de la personne qu'il accuse⁶⁶⁰, il « [...] n'a pas à remplacer le tribunal et à faire bénéficier le prévenu du doute raisonnable. »⁶⁶¹ Ainsi, une fois que les policiers estiment avoir complété leur enquête, les décisions qui suivent sont prises par le procureur de la Couronne sur la base de leur dossier et il n'a pas le devoir légal de vérifier la véracité des preuves au dossier ou la suffisance de l'enquête sur des pistes alternatives⁶⁶². En réalité, comme l'explique le juge Proulx de la Cour d'appel du Québec, « [q]uand le policier présente son dossier à la

⁶⁵⁵ Voir *supra*, p. 12.

⁶⁵⁶ « La décision de poursuivre », *Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec*, en ligne : <http://www.dpcp.gouv.qc.ca/documentation/orientations_mesures/2-decision-poursuivre.aspx> (consulté le 22 février 2016); malgré que ces conditions soient remplies, il est possible que le poursuivant décide malgré tout qu'il n'est pas opportun, dans l'intérêt public, de déposer des accusations. Voir *Id.*

⁶⁵⁷ *Accusation - Poursuite des procédures*, préc., note 412; le procureur de la Couronne doit aussi vérifier qu'il est en possession du rapport d'enquête complet et qu'il fait état de la manière dont les éléments de preuve ont été obtenus. Voir *Id.*, art. 4.

⁶⁵⁸ Voir *supra*, p. 105.

⁶⁵⁹ Certains prétendent qu'avec le nombre important de dossiers qui se règlent par négociations de plaidoyer avant tout procès, le poursuivant est aujourd'hui le *juge des faits* central pour la majorité des procédures criminelles. Voir D. K. BROWN, préc., note 23, 1589.

⁶⁶⁰ *Accusation - Poursuite des procédures*, préc., note 412, art. 6.

⁶⁶¹ *Id.*, art. 5.

⁶⁶² Il est toujours possible que le poursuivant fasse une demande spécifique à cet égard, mais il n'a pas de rôle institutionnel à cet égard. Voir *Id.*, art. 8; voir aussi D. GIVELBER, préc., note 15, 1181.

[Couronne], c'est qu'il estime déjà avoir des motifs raisonnables et la [Couronne] a raison de se fier à l'*enquêteur* : il ne s'agit pas d'une demande d'aide du policier pour poursuivre l'enquête mais d'une demande d'un avis juridique »⁶⁶³ sur ce dossier. Si l'avocat de la défense n'a pas à vérifier la véracité de l'histoire que son client lui raconte⁶⁶⁴, ce n'est pas non plus le rôle du procureur de la Couronne de vérifier celle de l'histoire rapportée par les enquêteurs :

« The Crown is not an agent of the police and, unlike his or her American counterpart, does not have an investigatory staff that attends a crime scene and assists police in conducting an investigation. The Crown attorney is expected to present all relevant evidence, which sheds light upon the offence of which the accused is charged, to the trier of fact (trial judge or the jury). »⁶⁶⁵

Officiellement, le rôle de la Couronne se limite à présenter l'histoire et la preuve qui la supporte à un *juge des faits* au cours d'un procès. La compétence de juger d'un acte criminel est le pouvoir de déterminer si cet acte a été commis par l'accusé⁶⁶⁶. La compétence exclusive de « juger d'un acte criminel » est octroyée par la loi canadienne aux tribunaux de juridiction criminelle⁶⁶⁷. L'exercice de cette compétence de « déclarer coupable »⁶⁶⁸ un accusé n'existe qu'après la tenue d'un procès⁶⁶⁹. Seul le procès judiciaire suivi par un verdict de culpabilité donne le droit à la société de condamner et de punir un accusé :

« The trial of the accused person is the necessary step required of the state to prove its allegation of crime beyond reasonable doubt before society gains the right to punish the accused. The court decides whether the allegations against the accused person have been proved, and whether, in law, those allegations constitute an offence entitling the state to exact some punishment. »⁶⁷⁰

⁶⁶³ *Lacombe c. André*, [2003] R.J.Q. 720, par. 132 (C.A. Qué.) (accentuations originales et renvoi omis).

⁶⁶⁴ *R. c. Youvarajah*, préc., note 99, par. 61.

⁶⁶⁵ F. P. HOSKINS, préc., note 115 à la page 202.

⁶⁶⁶ R. E. SALHANY, préc., note 37, n° 2.10.

⁶⁶⁷ Il s'agit soit d'une cour de juridiction criminelle (au Québec, essentiellement la Cour du Québec) ou d'une cour supérieure de juridiction criminelle (au Québec, la Cour supérieure) suivant l'acte criminel en cause. Voir *Code criminel*, préc., note 37, art. 468 et 469. Pour les définitions de « cour de juridiction criminelle » et de « cour supérieure de juridiction criminelle », voir l'article 2 *C.cr.* À des fins de simplification, nous concentrons notre analyse sur les actes criminels et faisons fi des infractions sommaires; sur la compétence des tribunaux de première et seconde instance, voir T. QUIGLEY, préc., note 37, n° 3.1, p. 3-2.

⁶⁶⁸ *Code criminel*, préc., note 37, art. 6(1).

⁶⁶⁹ D. C. PERRIER, préc., note 118 à la page 11; S. PENNEY, V. RONDINELLI et J. STRIBOPOULOS, préc., note 142, n° 1.59.

⁶⁷⁰ D. C. MURRAY, préc., note 341 à la page 285.

Le procureur de la Couronne est un représentant de la branche exécutive de l'État, comme l'est le corps policier. Le système est ainsi fait que c'est à la branche judiciaire, indépendante du gouvernement, de vérifier la solidité du dossier préparé par l'État contre l'accusé, pour que ce dernier puisse être déclaré coupable⁶⁷¹.

Puisqu'il est hors du rôle du procureur de la Couronne de contre-vérifier la véracité de l'histoire avancée par les policiers, la vision en tunnel ne semble pas tant être une « source » d'erreurs judiciaires indépendante que le pendant intrinsèque d'un processus judiciaire où la *vraisemblance* de l'histoire construite puis défendue par des agents de l'État est tranchée par un *juge des faits* indépendant. Il est du rôle du procureur de la Couronne de plaider en faveur de l'histoire construite par les policiers⁶⁷² du moment qu'il la juge suffisamment *vraisemblable* à la vue du dossier pour être lui-même moralement convaincu de la culpabilité de l'accusé⁶⁷³. La critique adressée aux acteurs du système judiciaire de s'enfermer dans une vision en tunnel leur reproche donc une attitude inhérente à leurs fonctions. Quoiqu'il serait préférable que les enquêteurs ne récoltent que des preuves représentatives de la Vérité, aucune mesure de contre-vérification de la véracité de ces preuves autre que le procès judiciaire n'existe. Puisque les condamnations erronées révèlent qu'un *juge des faits* a lui aussi conclu à la *vraisemblance* de l'histoire proposée par le procureur de la Couronne, reprocher à ce dernier d'y avoir lui-même cru, dans la mesure où il y a cru de bonne foi, paraît incohérent.

Suivant la vision traditionnelle du procès, il est logique qu'il revienne à un *juge des faits* indépendant de vérifier la validité de la théorie de l'État. Elle tient pour acquis que face à l'ensemble de la preuve objectivement pertinente, un *juge des faits* tirant des conclusions rationnelles et logiques à partir de chacun de ces éléments est à même d'atteindre la vérité-correspondance⁶⁷⁴ et, partant, de vérifier efficacement la véracité des accusations portées.

⁶⁷¹ Sur l'indépendance de la branche judiciaire par rapport au gouvernement, voir Shane G. PARKER, « The Criminal Courts », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 181 à la page 181.

⁶⁷² Voir *supra*, p. 97.

⁶⁷³ *Accusation - Poursuite des procédures*, préc., note 412, art. 6.

⁶⁷⁴ Voir *supra*, p. 40.

La théorie narrative avance plutôt que la décision du *juge des faits* est prise suivant le caractère *vraisemblable* des histoires en compétition au procès. Les cas avérés d'erreur judiciaire ont en commun que les preuves incriminantes erronées ont toutes fondé une histoire suffisamment *vraisemblable* pour que les policiers la retiennent et que les procureurs de la Couronne la plaident avec succès auprès d'un *juge des faits* :

« We know that eyewitness misidentifications, reliance on jailhouse informants, the introduction of flawed forensic evidence, coerced confessions, and police or prosecutorial misconduct are all elements that have led and can lead to wrongful convictions. But little has been said about the degree to which the adversarial trial system, with its specific narrative blueprint, contributes to wrongful convictions. It is through the process of storytelling (narrativization), and not through DNA or any other kind of evidence, that “reality” is ultimately created in court. »⁶⁷⁵

Rappelons qu'une histoire est vraisemblable lorsqu'elle est *plausible* et explique le maximum d'éléments de preuve (*couverture*). Elle l'est d'ailleurs d'autant plus quand elle est la seule histoire à présenter ces caractéristiques (caractère *unique*). Dans le cas où une preuve incriminant faussement un accusé est présentée par la Couronne, l'histoire vraie de l'accusé ne sera *jamais* en mesure de l'expliquer, puisqu'elle témoigne d'un fait qui n'a jamais existé dans la réalité. Les possibilités qui s'offrent à l'accusé ne sont pas si nombreuses : il peut présenter un alibi, nier catégoriquement l'histoire de la Couronne ou se réfugier derrière son droit au silence (4.1.1), s'en remettant ainsi à la protection que lui offre le fardeau de preuve incombant à l'État (4.1.2). La théorie narrative met en lumière le fait qu'aucune de ces méthodes n'est une option permettant de contrecarrer efficacement la force que revêt une preuve incriminante inexacte qui ne demeurera explicable que par l'histoire de l'État :

« [...] it is hard to prove a negative, that the defendant did not commit a crime. Although the prosecution could present a compelling story of how a serious crime occurred, and then seemingly powerful evidence that this defendant was the one that committed the crime, the defendant faced an uphill battle trying to prove that he did not commit the crime, but that some other unknown person did. Absent any evidence about who that other person was, the defendant could present an alibi. That was difficult to do, where most crimes occurred at night, and where it would be hard to remember what happened so long before. The defendant's own word that he did not commit te crime may not be particularly compelling, since a guilty person can claim to be innocent. »⁶⁷⁶

⁶⁷⁵ R. GRUNEWALD, préc., note 188, 367 (renvoi omis et soulignements ajoutés).

⁶⁷⁶ B. GARRETT, préc., note 15, p. 164.

4.1.1 Nier ou garder le silence?

La difficulté pour l'innocent que son histoire pourtant *vraie* soit retenue alors qu'elle ne peut en aucun cas expliquer la preuve *fausse* qui soutient l'histoire du procureur de l'État met en exergue l'incapacité du processus de détermination judiciaire des faits à départager le vrai du faux.

Des 250 premiers exonérés par les tests ADN aux États-Unis, 6 % (16) ont plaidé coupable à toutes les accusations de sorte à ne pas aller à procès⁶⁷⁷. Dans le cas des 207 exonérés qui sont allés à procès, 53 % ont témoigné (110 sur 207 procès)⁶⁷⁸ et 68 % ont présenté un alibi en défense (140 sur 207)⁶⁷⁹. Après avoir étudié chacun de ces alibis, le professeur de droit Brandon Garrett conclut qu'ils se révélaient très faibles. Plusieurs exonérés ne pouvaient pas se rappeler exactement ce qu'ils faisaient le jour en question et, lorsque l'alibi était confirmé par un autre témoin (121 cas sur 140 alibis présentés), il s'agissait surtout de membres de la famille⁶⁸⁰. Plusieurs des cas étaient des agressions sexuelles survenues durant la nuit et les témoins qui corroboraient le fait que l'accusé était couché à leur domicile dormaient eux aussi, ne pouvant ainsi confirmer la présence physique de l'accusé à tout moment de la nuit⁶⁸¹. Dans tous les cas, l'alibi corroboré par des membres de la famille n'est pas considéré comme fiable considérant notamment leur intérêt dans l'issue du procès :

« A number of studies have shown that corroboration by strangers, neighbors, and store clerks reduces the rate of convictions, but corroboration by friends and family members does not. These results are hardly surprising, as a majority of survey respondents believe that people would lie to the police rather than see a loved one go to prison, and they concede that they would do the same. This incredulity makes corroborating alibis a difficult feat, given that people tend to spend the bulk of their non-solitary time in the company of the very people who are most disbelieved. »⁶⁸²

⁶⁷⁷ *Id.*, p. 150.

⁶⁷⁸ *Id.*, p. 160.

⁶⁷⁹ *Id.*, p. 156.

⁶⁸⁰ *Id.*

⁶⁸¹ *Id.*

⁶⁸² D. SIMON, préc., note 61, p. 165 (renvois omis); voir aussi Tara M. BURKE et Stéphanie B. MARION, « Alibi Witnesses », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 239; K. A. FINDLEY, préc., note 31, 902.

Certains cas laissent penser que même un alibi corroboré par de multiples témoins peut demeurer trop faible pour contrebalancer une preuve incriminante erronée :

« Walter Swift was exonerated in May 2008, twenty-six years after he was first sent to prison for rape. [...] At the time of the rape, Swift was dating a woman who told police he was with her at the time the crime was committed, and she even produced shopping receipts to support this claim. Although her relationship with Swift ended, she continued to maintain his innocence [...] Edward Honaker, who spent 9.5 years in prison, had three alibi witnesses, including his brother, sister-in-law, and mother's housemate. Jerry Watkins, who spent 13.5 years in prison, was supported by his wife's alibi; she stated that she had picked him up from work on the day in question so that they could attend a church meeting together. They spent the rest of the evening with relatives. Kenneth Waters, who spent 18 years in prison, told police he had been at work at the time of the crime; his alibi witness included a colleague who drove him home from work and his lawyer, with whom he attended court on an unrelated charge. »⁶⁸³

Le droit prévoit que le *juge des faits* ne peut pas rejeter une défense d'alibi *seulement* parce qu'elle n'est pas corroborée par un témoin indépendant, puisque cette défense n'exige pas la corroboration⁶⁸⁴. Cela signifie qu'un juge commet une erreur révisable s'il consigne à son jugement qu'il rejette l'alibi de l'accusé *parce qu'il n'est pas corroboré*. Néanmoins, un alibi peut toujours être rejeté parce qu'il n'est pas *cru* et cela peut dépendre de la corroboration. Si le fait de tenir pour acquis qu'un accusé va mentir pour éviter les conséquences juridiques de son acte est erroné en droit puisque cela porte atteinte à la présomption d'innocence, il est tout à fait correct de prendre en considération son intérêt dans l'issue du procès dans l'évaluation de sa crédibilité⁶⁸⁵. Il en va de même pour les témoins qui sont appelées à corroborer son alibi : « *The fact that a witness has an interest in the outcome of the proceedings is, as a matter of common sense, a relevant factor, among others, to take into account when assessing the credibility of the witness's testimony.* »⁶⁸⁶

Des chercheurs en psychologie s'étant penchés sur la question suggèrent que la non-crédibilité des alibis devrait constituer une branche à part entière de la recherche en matière

⁶⁸³ T. M. BURKE et S. B. MARION, préc., note 682 aux pages 239-240.

⁶⁸⁴ P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 2468. Ces auteurs soulignent par ailleurs que lorsque l'alibi est corroboré, il l'est naturellement souvent par des amis et connaissances.

⁶⁸⁵ *Id.*, par. 2469.

⁶⁸⁶ *R. c. Laboucan*, [2010] 1 R.C.S. 397, par. 11.

d'erreurs judiciaires⁶⁸⁷. Nous sommes d'avis qu'il existe suffisamment de « sources » d'erreurs judiciaires et que d'étudier en profondeur la valeur particulière des alibis équivaut encore une fois à se concentrer sur l'arbre et à perdre de vue la forêt. Certains exonérés n'avaient d'ailleurs aucun alibi, notamment lorsqu'ils admettaient avoir été présents sur la scène du crime⁶⁸⁸. Dans un tel cas, ils ne pouvaient que nier leur implication. 53 % des 250 premiers exonérés américains ayant eu un procès (110 sur 207 procès) ont pris la parole pour témoigner de leur innocence, notamment en ces termes :

« Dennis Brown denied committing the rape at trial, saying, "I wouldn't do nothing like that," and "No, sir. I was raised better than that." He commented that as for the victim, "I feel sorry for her, what somebody else did, because I didn't do it." Similarly, Charles Chatman was asked, "Did you rape that woman that night in her house like she says?" and he answered, "No, sir, I didn't and that's the honest truth." Thomas Doswell testified: "With God as my witness, I did not rape this woman." Clarence Elkins testified succinctly, " Yes, I am innocent." Dennis Fritz gave a longer statement protesting his innocence. He was asked, "Dennis, did you kill [the victim]?" He answered :

No I did not. I did not kill [the victim], and I don't know anything about the death of [the victim] whatsoever. I've been locked up over in that county jail for 11 months on circumstantial evidence, and I'm the kind of person that I've never taken a life. I've never thought about taking a life. I've never wanted to rape a woman. I've never had any thoughts of this kind of activity in my life. »⁶⁸⁹

La théorie narrative permet de comprendre en quoi un témoignage d'alibi ou d'innocence, pourtant vrai, risque d'être insuffisant dans les cas où l'histoire de la Couronne, soutenue par de la preuve inexacte, est *plausible*. Lorsque le procureur de la Couronne décide d'aller à procès, il évalue que son histoire est suffisamment *vraisemblable* pour être retenue par un *juge des faits*⁶⁹⁰, c'est-à-dire qu'elle explique l'ensemble de la preuve qu'il compte présenter au procès (*couverture*) et que l'histoire globale — ainsi que les définitions de la

⁶⁸⁷ T. M. BURKE et S. B. MARION, préc., note 682 à la page 240 et 253.

⁶⁸⁸ B. GARRETT, préc., note 15, p. 158. L'auteur donne l'exemple suivant : « *Hector Gonzalez was at the crime scene where a man was murdered; he said he was in a large crowd outside a nightclub that observed the murder but had no role in it.* ».

⁶⁸⁹ *Id.*, p. 160; sur l'influence du casier judiciaire sur la décision des exonérés de témoigner, voir John H. BLUME, « The Dilemma of the Criminal Defendant with a Prior Record - Lessons from the Wrongfully Convicted », (2008) 5-3 *J. Empir. Leg. Stud.* 477.

⁶⁹⁰ Voir *supra*, p. 105. Rappelons par ailleurs qu'il doit croire à la vraisemblance lui-même, quoique cela n'a pas à être hors de tout doute raisonnable. Voir *Accusation - Poursuite des procédures*, préc., note 412, art. 5 et 6.

preuve et les inférences qu'elle implique — est cohérente et conforme aux représentations sociales majoritaires (*plausibilité*)⁶⁹¹.

L'histoire impliquant la culpabilité de l'accusé est toujours la seule qui soit en mesure d'expliquer la preuve inexacte que la Couronne présente. Dans le cas où l'accusé témoigne de son innocence ou d'un alibi, l'histoire de l'accusé ne permet pas d'expliquer la preuve incriminante (manque de *couverture*) et sa *plausibilité* est aisément inférieure à celle de l'histoire de la Couronne. Une autre histoire est encore plus *plausible* que celle de l'accusé : celle d'un entourage prêt à mentir pour éviter sa condamnation en inventant un alibi ou d'un coupable qui nie son crime pour ne pas en subir les conséquences⁶⁹². La difficulté pour l'innocent de présenter une histoire *plausible* est reconnue par les tribunaux comme une des justifications du droit constitutionnel d'un accusé à ne pas témoigner dans son propre procès⁶⁹³ :

« In the great body of cases no wise practitioner would permit his client, whether he believed him guilty or innocent, to testify when upon trial on a criminal charge. The very fact that he testifies as if with a halter about his neck, that he is under such inducement to make a fair story for himself, his character and his liberty if not his fortune and his life being at stake, is enough to usually deprive his testimony of all weight in his favor, whether it be true or false. This is the case even when his manner upon the stand is unexceptionable, while his critical condition often creates such apprehension and excitement that his manner is open to great criticism, and if he does make a mis-step after voluntarily assuming the responsibility of testifying, it will naturally be construed strongly against him. In short, his testimony is far more likely to injure him seriously than to help him a little. »⁶⁹⁴

Il s'en suit paradoxalement que le témoignage de l'innocent peut renforcer la *vraisemblance* de l'histoire de la Couronne en rehaussant son caractère *unique*. L'accusé qui se dit innocent ou présente un alibi permet effectivement au *juge des faits* de fermer l'éventail des possibilités que son silence pouvait suggérer. En prenant la parole pour raconter une

⁶⁹¹ Pour des explications sur les différentes stratégies du poursuivant suivant les faiblesses anticipées de son dossier, voir D. GIVELBER, préc., note 15.

⁶⁹² J. FRANK et B. FRANK, préc., note 51, p. 112: « [...] as almost all accused persons who testify, including the guilty, deny their guilt, the jurors are apt to look askance at every defendant who asserts his innocence. ».

⁶⁹³ Charte canadienne des droits et libertés, préc., note 67, art. 11(c).

⁶⁹⁴ *State v. Cameron*, 40 Vt. 555, 565-566 (S. Ct. 1868) (soulignements ajoutés); voir aussi *Wilson v. U.S.*, 149 U.S. 60, 66 (1893); J. FRANK et B. FRANK, préc., note 51, p. 111-1123.

histoire peu *plausible* et expliquant mal la preuve présentée (*couverture*), l'accusé prend le risque de conforter le *juge des faits* dans l'impression que l'histoire de la Couronne est par ailleurs la *seule* explication *plausible* de la preuve.

Il est ainsi plus risqué pour l'accusé de *nier* les faits de l'histoire de la Couronne que de soulever une défense qui ne remet pas en question la preuve qu'elle présente et vise plutôt à justifier ou excuser le comportement reproché, comme la défense de troubles mentaux par exemple⁶⁹⁵. Le chercheur Reid Hastie relève qu'empiriquement, une défense faible peut effectivement se révéler pire pour l'accusé qu'aucune défense :

« [...] many criminal cases involve the presentation of only one story, by the prosecution, while the defense tactic is to "raise reasonable doubts" by attacking the plausibility of that story. In these one-sided cases, jurors construct only one story, and confidence in the verdict is determined by coherence and fit of the single story to the verdict category. In this situation, a weak defense story is worse than no story at all; in fact, a weak prosecution story is bolstered and more guilty verdicts are rendered when a weak defense story is presented versus no defense story at all. »⁶⁹⁶

La théorie narrative permet de croire que l'innocent qui veut que son histoire *vraie* soit considérée *vraisemblable* doit donc présenter une histoire expliquant la preuve inexacte, ou une histoire alternative autonome pouvant rivaliser avec celle de la Couronne. Pour ce faire, elle doit être *plausible* et soutenue par de la preuve produite par l'accusé (*couverture*) qui soit *incompatible ou inexpliquée* par l'histoire de la Couronne (afin de diminuer la *couverture* de cette dernière). La possibilité de donner une tout autre explication aux preuves de la Couronne n'existe pas lorsque ces faits sont soutenus par de la preuve incriminante inexacte, celle-ci étant forcément inexplicable d'une manière *plausible* qui soit compatible avec l'innocence.

Néanmoins, présenter davantage qu'un alibi ou qu'un simple déni ne suffit pas forcément non plus. 14 % des exonérés américains amenés à procès (30 sur 207 procès) ont pointé un tiers comme coupable, parfois à raison⁶⁹⁷. Le même nombre (30 sur 207) avait de la preuve médico-légale à l'appui de leur défense, dont 15 cas où l'accusé était disculpé par de la

⁶⁹⁵ Voir Barbara Allen BABCOCK, « Taking the Stand », (1993) 35-1 *William Mary Law Rev.* 1, 17.

⁶⁹⁶ R. HASTIE, préc., note 214, 232 (renvois omis et nos soulignements); voir aussi W. S. LOFQUIST, préc., note 639 à la page 184.

⁶⁹⁷ B. GARRETT, préc., note 15, p. 158.

preuve ADN⁶⁹⁸. Aucune de ces histoires n'a été jugée suffisamment *vraisemblable* pour mettre en doute celle de l'État. La théorie narrative révèle que l'histoire de l'accusé doit non seulement être *plausible* et supportée par la preuve (*couverture*), mais elle doit aussi rendre *improbable* les scénarios rivaux afin qu'elle soit l'explication factuelle la plus adéquate de la preuve⁶⁹⁹.

La défense doit donc bien évaluer la *vraisemblance* de son histoire avant de la présenter afin de s'assurer qu'elle n'aura pas pour effet de renforcer indûment celle de la Couronne. S'ajoutent à ce risque les conséquences juridiques inhérentes pour un accusé de témoigner, comme la possibilité que ses antécédents judiciaires soient mis en preuve⁷⁰⁰. Plusieurs considérations sont à évaluer avant qu'un accusé choisisse de présenter son histoire, même si elle est *vraie* :

« Even when defendants are not guilty, they rarely testify. When they do, they hardly ever make extensive statements because of the risks involved. First, defendants face the delicate task of conveying innocence and compassion for the victim. If they have a criminal record, it might be introduced, and jurors could get a negative impression of a defendant and see him or her as a criminal. If an innocent defendant testifies in court, he or she can often only deny their involvement in the crime. »⁷⁰¹

Les conséquences pour l'accusé de présenter son histoire doivent donc être soupesées avec celles d'opter pour le silence⁷⁰². Le droit prévoit que le choix de l'accusé de ne pas témoigner ne doit pas faire l'objet de commentaires de la part du juge du procès ou du procureur de la Couronne⁷⁰³. La jurisprudence établit par ailleurs que le fait de demeurer

⁶⁹⁸ *Id.*, p. 163.

⁶⁹⁹ Il s'agit d'une adaptation des propos de Allen et Stein quant à la théorie explicative de la preuve. Voir R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 573.

⁷⁰⁰ *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, art. 12; J. D. EMBREE, préc., note 428 à la page 223; A. T. TUFTS, préc., note 136 à la page 657; sur l'impact des antécédents judiciaires et la décision de ne pas témoigner des exonérés, voir J. H. BLUME, préc., note 689.

⁷⁰¹ R. GRUNEWALD, préc., note 188, 370 (renvois omis); voir B. A. BABCOCK, préc., note 695, 15, qualifiant la décision de témoigner de délicate.

⁷⁰² Le droit au silence de l'accusé lors de son procès est protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 67, art. 7 et 13 (protection contre l'auto-incrimination) et 11(c) (non-contrainabilité); voir *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; T. QUIGLEY, préc., note 37, n^{os} 7.3, p. 7-54 et suiv; D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, ch. 8.

⁷⁰³ *Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 700, art. 4(6).

silencieux ne constitue pas de la preuve en soit et ne peut pas être utilisé par le *juge des faits* pour inférer la culpabilité de l'accusé⁷⁰⁴. Néanmoins, la théorie narrative permet de constater que même si le *juge des faits* ne conclut pas à la culpabilité de l'accusé à cause de son silence, il ne bénéficie d'aucune histoire alternative *plausible* pour expliquer l'ensemble de la preuve présenté contre lui. Si la seule explication *vraisemblable* de la preuve est l'histoire impliquant sa culpabilité, nul besoin de conclure que l'accusé est silencieux *parce qu'il est coupable* pour que l'histoire de la Couronne soit retenue et engendre un verdict de culpabilité.

Cette réalité est reconnue par le droit qui prévoit que si la défense n'a pas à aider la Couronne à démontrer la validité de sa théorie de la cause, une fois que cette dernière y parvient, dans la pratique, l'accusé doit y répondre en prenant la parole :

« [...] once there is a "case to meet" which, if believed, would result in conviction, the accused can no longer remain a passive participant in the prosecutorial process and becomes — in a broad sense — compellable. That is, the accused must answer the case against him or her, or face the possibility of conviction. »⁷⁰⁵

Certains juristes désignent cette réalité comme le « fardeau tactique »⁷⁰⁶ de la défense alors que d'autres préfèrent parler de « décision basée sur le bon sens »⁷⁰⁷ afin d'éviter toute analogie avec le fardeau juridique⁷⁰⁸.

Cette réalité de la pratique reconnue par le droit prétorien n'est pas explicable suivant la vision traditionnelle du procès. En supposant que le *juge des faits* attribue une probabilité de véracité à chacune des preuves présentées et que l'accumulation de ces probabilités jusqu'à ce que soit comblé le fardeau de preuve lui permet de déterminer la vérité-correspondance, le droit pour l'accusé de ne pas témoigner semble théoriquement pouvoir être exercé sans

⁷⁰⁴ *R. c. Prokofiew*, [2012] 2 R.C.S. 639; *R. c. Noble*, préc., note 329. Ainsi, un juge siégeant seul ne peut pas consigner à ses motifs que le silence de l'accusé l'invite à croire qu'il est coupable sans commettre une erreur révisable; voir C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 746.

⁷⁰⁵ *R. c. P. (M.B.)*, préc., note 702; voir aussi T. QUIGLEY, préc., note 37, n^{os} 7.1, p. 7-2; S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 66, n^o 3.52.

⁷⁰⁶ D. PACIOCCO et L. STUOSSER, préc., note 123, p. 581; R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 568; Pour Frank, le droit de l'accusé de ne pas témoigner est illusoire considérant ses conséquences. Voir J. FRANK et B. FRANK, préc., note 51, p. 111.

⁷⁰⁷ Notre traduction de « *the common sense or tactical decision* » dans S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 66, n^o 3.53.

⁷⁰⁸ Pour la distinction entre le fardeau juridique et tactique, voir *R. c. Darrach*, [2000] 2 R.C.S. 443.

conséquences dommageables. Que la défense présente une version des faits ou pas importe peu : dans tous les cas, la véracité des preuves présentées par le procureur de la Couronne est évaluée et ces preuves sont retenues *seulement* si elles constituent des représentations exactes de la Vérité. Au contraire, la théorie narrative du procès suggère que le *juge des faits* évalue si une explication particulière, tenue pour vraie, explique mieux ou moins bien la preuve présentée que les explications alternatives⁷⁰⁹. Le raisonnement par abduction suppose de retenir l'histoire qui explique le plus de preuve tout en laissant le moins d'éléments inexpliqués⁷¹⁰. Sans alternative, l'histoire d'un bon procureur de la Couronne est forcément celle qui explique le mieux la preuve qu'il a choisi de présenter. Par ailleurs, considérant que les parties sont responsables de présenter les faits au soutien de leur position⁷¹¹, le droit empêche le *juge des faits* d'extrapoler sur l'existence de preuves qui n'ont pas été présentées ou sur des faits qui ne reposent sur aucune preuve présentée :

« As the judge of the facts, your first duty is to decide what are the facts in this case. You make that decision from *all* the evidence given in this courtroom during this trial. There will be no more evidence. You consider nothing else. You are entitled to come to common sense conclusions based on the evidence that you accept. You must not speculate, however, about what evidence there might have been, or permit yourselves to guess or make up theories without evidence to support them. »⁷¹²

Rappelons que pour être retenus, les faits doivent émaner de la preuve présentée ou pouvoir directement en être inférés⁷¹³. Le *juge des faits* ne peut donc pas spéculer sur ce qui aurait pu se passer si la défense ne lui présente pas de preuve au soutien d'une autre histoire :

« An *inference* is a deduction of fact that may logically and reasonably be drawn from another fact or group of facts found or otherwise established in the proceedings. There can be *no* inference without objective facts from which to infer the fact that a party seeks

⁷⁰⁹ Plus précisément, cette explication est articulée par les auteurs de la théorie explicative de la preuve. Voir M. S. PARDO, préc., note 174, 596; M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 261.

⁷¹⁰ Voir J. BAGGINI et P. S. FOSL, préc., note 562, p. 43.

⁷¹¹ E. G. EWASCHUK, préc., note 80, n° 16:2152; P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 51.

⁷¹² D. WATT, préc., note 139, p. 231, final 2-A (nous soulignons).

⁷¹³ La preuve peut être directe ou circonstancielle. La preuve est circonstancielle lorsqu'elle permet de tirer une inférence. Toute inférence doit reposer sur la preuve et le bon sens. Voir *supra*, p. 71 et suivantes.

to establish. If there are *no* positive proven facts from which an inference may be drawn, there can be no inference, only impermissible speculation and conjecture. »⁷¹⁴

Puisque l'histoire doit strictement émaner de la preuve présentée, face à une histoire *vraisemblable* de la Couronne et l'absence de preuve de la défense permettant d'en soutenir une autre, le droit commande purement et simplement au *juge des faits* de retenir l'histoire de l'État. Ces constats que révèle la théorie narrative sont aussi conformes avec le droit voulant que lorsque la preuve présentée par la Couronne permet au *juge des faits* de conclure à la culpabilité de l'accusé, le silence de l'accusé peut être utilisé de manière confirmative, en ce que rien ne permet d'appuyer le doute que son avocat tente de soulever :

« [...] if the trier of fact reaches a belief in guilt beyond a reasonable doubt, silence may be treated by the trier of fact as confirmatory of guilt. Silence may indicate, for example, that there is no evidence to support speculative explanations of the Crown's evidence offered by defence counsel, or it may indicate that the accused has not put forward any evidence that would require that the Crown negative an affirmative defence. In this limited sense, silence may be used by the trier of fact. »⁷¹⁵

Contrairement à la vision traditionnelle, la théorie narrative permet de reconnaître l'existence et d'expliquer le fardeau de preuve dit « tactique », reconnu par le droit, et inhérent à un procès basé sur l'évaluation de la *vraisemblance* relative entre histoires. Elle permet par ailleurs de conceptualiser et d'expliquer facilement les limites intrinsèques au droit de l'accusé de ne pas témoigner ainsi que la possibilité prévue par le droit actuel d'en tirer certaines inférences.

En l'absence d'histoire alternative, la défense suggère au *juge des faits* d'entretenir un doute raisonnable à l'égard à celle du procureur de la Couronne⁷¹⁶. Il est possible d'avancer que cela désavantage la défense. La théorie narrative enseigne que ce ne seront pas les *arguments* des avocats qui seront retenus par le *juge des faits*, mais bien l'*histoire* que ces arguments visaient à soutenir puisque la représentation mentale de la preuve se présente sous forme narrative. Seul le procureur de la Couronne présente une histoire. Alors que le

⁷¹⁴ D. WATT, préc., note 124, n° 9.01; voir aussi E. G. EWASCHUK, préc., note 80, p. 16:2195; S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 31:80.

⁷¹⁵ *R. c. Noble*, préc., note 329, par. 89.

⁷¹⁶ L'accusé a toujours droit au doute raisonnable, même lorsqu'il ne présente aucune défense. Voir P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 2480.

poursuivant offre une explication pour les éléments de preuve qu'elle présente, la défense, en ne proposant pas d'histoire alternative, se retrouve à soulever l'incertitude, voire le hasard, pour les expliquer :

« [...] a jury will only convict if the prosecution case exhibits some Aristotelian coherence, and, rather than offer a counternarrative, the defense lawyer must convince the jury that the crime may be the result of random or inexplicable action or circumstance - that the true facts are either confusing or aesthetically disappointing. »⁷¹⁷

Rappelons la tendance humaine de préférer un monde dépeint comme prévisible et cohérent plutôt que comme un enchaînement de faits sans liens ni causalité⁷¹⁸. La défense propose de surcroît une histoire d'échecs plutôt que de réussites : le *juge des faits* doit admettre qu'un crime reste impuni, que la victime est insatisfaite et que l'accusé rentre chez lui alors qu'après une enquête, des policiers et un procureur ont conclu à la *vraisemblance* de sa culpabilité de manière à le mener à procès. La défense lui demande d'acquitter le seul coupable potentiel qu'on lui présente, même si aucune explication du crime alternative à celle de sa culpabilité ne lui a été présentée⁷¹⁹. Alors que le *juge des faits* a pour fonction de déterminer les faits, acquitter sur le doute raisonnable revient à s'avouer dans l'*impossibilité* de remplir sa fonction et de déterminer les faits :

« People generally, and jurors specifically, may be uncomfortable with ending their work by deciding that they do not know what happened. Typically, this is just what the defense is asking them to do. While, in theory, the parties are gathered to determine whether the prosecution makes its case, in practice, the jury may be asking which of the alternative explanations makes the most sense. Jurors want and need a rational accounting of the events in question, and here the prosecution has the distinct advantage because it necessarily develops a coherent narrative before filing charges against defendants. »⁷²⁰

Pour l'accusé, se prévaloir de son droit au silence au procès implique de s'en remettre au doute raisonnable. Rappelons que l'avocat de la défense peut tenter de soulever ce doute en démontrant que l'histoire du procureur de la Couronne n'est pas la seule qui émerge de la

⁷¹⁷ R. WEISBERG, préc., note 497 à la page 69; voir aussi R. K. SHERWIN, préc., note 154, 689.

⁷¹⁸ Voir *supra*, p. 89.

⁷¹⁹ Cet inconfort est aussi relevé par J. H. BLUME, S. L. JOHNSON et E. C. PAAVOLA, préc., note 258; B. A. BABCOCK, préc., note 695, 12-13.

⁷²⁰ D. GIVELBER, préc., note 15, 1373 (renvois omis).

preuve qu'il a présenté ou en proposant une interprétation alternative de la preuve qui mène à une autre histoire⁷²¹. Dans les cas où l'État fonde son histoire sur une preuve inexacte incriminante — comme une identification visuelle ou biologique erronée — cette preuve ne peut pas être réinterprétée de façon compatible avec l'innocence de l'accusé. Puisque seules sa crédibilité ou sa fiabilité peuvent être attaquées, l'avocat de la défense n'a pas d'autres choix que de suggérer le caractère erroné de ladite preuve. Prétendre qu'un tel plaidoyer doit être suffisant pour créer un doute raisonnable dans l'esprit du *juge des faits* pour acquitter l'innocent véritable revient à accepter que ce doute devrait légitimement être suffisant dans tous les procès : dans tous les dossiers des personnes peuvent se tromper ou mentir. Comment reconnaître les véritables cas où la preuve est erronée? Si l'histoire de l'erreur judiciaire est aussi crédible que l'histoire du coupable qui refuse d'accepter les conséquences de son crime, comment un *juge des faits* peut-il départager ces deux cas quand il est, en réalité, face à la même chose : une histoire *plausible* du procureur de la Couronne qui explique toute la preuve qu'il a choisi de présenter (*couverture*) et l'absence d'alternative *vraisemblable* compatible avec l'innocence lui permettant d'entretenir un doute raisonnable au sens du droit.

Les cas d'erreurs judiciaires illustrent ainsi le bien-fondé de la théorie narrative en ce que le *juge des faits*, avec pour seul outil son bon sens, n'a pas été en mesure de départager la preuve inexacte de la preuve exacte en évaluant adéquatement son caractère représentatif de la Vérité. En postulant que le *juge des faits* évalue plutôt la *vraisemblance* relative des histoires émanant de la preuve, la théorie narrative permet de comprendre comment les exonérés ont pu être condamnés après un procès qui ne soulevait aucun doute raisonnable au sens juridique de l'expression. Elle illustre du même coup la difficulté pour un accusé innocent de présenter un alibi ou de nier son implication lorsque de la preuve inexacte incriminante soutient une histoire *vraisemblable* compatible avec sa culpabilité.

4.1.2 Le doute raisonnable

La plupart des protections constitutionnelles visent à garantir des droits fondamentaux aux accusés, coupables comme innocents, afin d'assurer un traitement minimal acceptable

⁷²¹ Voir *supra*, p. 106.

pour les citoyens, voire de sanctionner les abus policiers dans la lutte au crime⁷²². Lorsque la violation constitutionnelle est démontrée, il y a dans certains cas exclusion de la preuve illégalement obtenue ou arrêt des procédures judiciaires⁷²³. Ces garanties visent à remplir des objectifs autres que la recherche de la Vérité et bénéficient tout autant aux accusés coupables qu'innocents. Par exemple, il est possible que la majorité des confessions obtenues par la crainte soient vraies : cela n'empêche pas le système judiciaire d'exclure de ses considérations toutes les confessions obtenues de façon coercitive⁷²⁴. La présomption d'innocence est la seule protection de la *Charte* qui vise expressément et exclusivement à protéger l'innocent : « *More than anything else, the protection stands as a barrier against the power of the state and ensures that to the greatest extent possible, the innocent are not convicted of criminal acts.* »⁷²⁵ Elle stipule que l'inculpé a le droit constitutionnel « d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable »⁷²⁶. La présomption d'innocence est intrinsèquement liée au fait qu'il incombe à la Couronne de démontrer la culpabilité de l'accusé :

« First, it must be made clear to the jury that the standard of proof beyond a reasonable doubt is vitally important since it is inextricably linked to that basic premise which is fundamental to all criminal trials: the presumption of innocence. The two concepts are forever as closely linked as Romeo with Juliet or Oberon with Titania and they must be presented together as a unit. If the presumption of innocence is the golden thread of criminal justice then proof beyond a reasonable doubt is the silver and these two threads are forever intertwined in the fabric of criminal law. »⁷²⁷

⁷²² Expliquant l'expansion dans les années 1960 des droits procéduraux des accusés, coupables comme innocents, aux États-Unis, voir Keith A. FINDLEY, « Innocence Found: The New Revolution in American Criminal Justice », dans Sarah Lucy COOPER (dir.), *Controversies in Innocence Cases in America*, coll. Controversies in American constitutional law, Farnham, Ashgate Publishing, 2014, p. 3 à la page 8 et suiv.

⁷²³ Voir *supra*, p. 19.

⁷²⁴ COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 64, p. 19; S. R. GROSS et B. O'BRIEN, préc., note 15, 935.

⁷²⁵ M. MANNING et P. SANKOFF, préc., note 118, n° 1.123; voir aussi COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 64, p. 13; la présomption d'innocence est une règle fondamentale en droit canadien. Voir P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 569.

⁷²⁶ *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 67, art. 11 (d).

⁷²⁷ *R. c. Lifchus*, préc., note 318, par. 27 (soulignements ajoutés), voir aussi *Id.*, par. 13; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; D. WATT, préc., note 139, p. 86, preliminary 35; Heather E. MACKAY, « Basic Principles of Criminal Law », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal*

Quoique le droit au silence ne vise pas directement à protéger l'innocent⁷²⁸, une partie de sa justification découle de la présomption d'innocence en ce que l'accusé étant innocent jusqu'à ce que la Couronne prouve le contraire, cette dernière doit être en mesure de satisfaire le fardeau de preuve de la culpabilité de l'accusé par elle-même :

« The “presumption of innocence” contained in subsection 11(d) of the Charter has been interpreted as requiring that the burden of proof in a criminal case must be on the Crown, that the accused cannot be called upon to respond until a case to meet has been presented by the Crown, and that the standard of proof required for conviction is proof beyond a reasonable doubt. All these factors are intended to protect against the conviction of the innocent. »⁷²⁹

Dans la tradition de common law, la présomption d'innocence a une incidence particulière au niveau de la détermination judiciaire des faits. Son renversement nécessite une preuve de la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, qui incombe à la Couronne. En droit canadien, le fardeau de preuve « hors de tout doute raisonnable » s'explique comme suit :

« A reasonable doubt is not an imaginary or frivolous doubt. It must not be based upon sympathy or prejudice. Rather, it is based on reason and common sense. It is logically derived on the evidence or absence of evidence.

[...]

In short, if, based upon the evidence [...], you are sure that the accused committed the offence you should convict since the evidence demonstrated that you are satisfied of his guilt beyond a reasonable doubt. »⁷³⁰

Law System, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 31 à la page 32 et suiv.; S. PENNEY, V. RONDINELLI et J. STRIBOPOULOS, préc., note 142, n° 16.3; S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 66, n° 4.3; Damaška explique qu'il existe une controverse à savoir si les notions de présomption d'innocence et de doute raisonnable sont synonymes. Voir M. R. DAMASKA, préc., note 409, 541.

⁷²⁸ Voir J. BENTHAM, préc., note 121, p. 241; L. LAUDAN, préc., note 85, p. 162; le droit de l'accusé de demeurer silencieux est contesté depuis longtemps. Voir P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 541 et 547 et suiv.; Robert A. CASWEY, « Abolition of the Traditional Safeguards of the Accused (The Right to Remain Silent) », dans CANADIAN INSTITUTE FOR THE ADMINISTRATION OF THE JUSTICE (dir.), *The Trial Process*, Toronto, Carswell, 1981, p. 51; ce droit s'est probablement imposé en réponse aux tortures pour extraire des aveux. Voir P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 538.

⁷²⁹ D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, p. 581 (renvoi omis; soulignements ajoutés); voir aussi *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; D. PACIOCCO et L. STUESSER, préc., note 123, p. 306; H. E. MACKAY, préc., note 727 à la page 32; R. E. SALHANY, préc., note 119, p. 343.

⁷³⁰ *R. c. Lifchus*, préc., note 318; repris dans les instructions aux jurés dans D. WATT, préc., note 139, p. 86, preliminary 35.

Fardeau le plus élevé du droit judiciaire⁷³¹, il est présenté par la vision traditionnelle du procès comme une mesure efficace empêchant les condamnations erronées :

« [The onus resting upon the Crown to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt] is one of the principal safeguards which seeks to ensure that no innocent person is convicted. The Marshall, Morin and Milgaard cases serve as a constant reminder that our system, with all its protections for the accused, can still make tragic errors. »⁷³²

Le discours traditionnel veut que ce fardeau élevé entraîne l'acquittement de certains coupables, mais qu'il s'agit du prix à payer pour qu'aucun innocent ne soit condamné à tort⁷³³: « [...] concepts such as the presumption of innocence and the demand that guilt be established beyond a reasonable doubt [...] reflect a preference that errors made are ones which result in false negatives (acquitting the guilty) rather than false positives (convicting the innocent). »⁷³⁴ C'est ce que résume la maxime qu'il vaut mieux acquitter 10 coupables que de condamner 1 innocent, présentée comme une « assise »⁷³⁵ du système de justice criminelle canadien. La réalité veut pourtant que la plupart des exonérés aient été condamnés après un procès qui ne soulevait *aucun doute raisonnable* et n'en aurait jamais soulevé, n'eût été les tests d'ADN.

Le professeur Daniel Givelberg a étudié les dossiers des 28 premiers exonérés américains grâce aux tests ADN en juin 1996, date de publication de l'étude du National Institute of Justice⁷³⁶, aux États-Unis, sur cette question. L'auteur conclut qu'après une analyse approfondie des dossiers, la condamnation avait toutes les apparences d'être bien-

⁷³¹ S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 28:10; S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, préc., note 66, n° 5.58.

⁷³² *R. c. Lifchus*, préc., note 318, par. 13 (soulignements ajoutés); voir aussi S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 28:20.20; P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 244; B. MACFARLANE, préc., note 22, 403; S. D. WESTERVELT et J. A. HUMPHREY (dir.), préc., note 22, p. 1.

⁷³³ COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 64, p. 13; S. HAACK, préc., note 90, p. 51; P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 19; D. GIVELBER, préc., note 15, 1331.

⁷³⁴ D. GIVELBER, préc., note 15, 1332.

⁷³⁵ Expression utilisée dans *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, préc., note 439, par. 107; Roberts et Zuckerman estiment que ce « biais pro-innocent » (*pro-innocent bias*) est un des 5 principes fondamentaux de la preuve criminelle. Voir P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 19.

⁷³⁶ E. CONNORS, T. LUNDREGAN, N. MILLER et T. MCEWEN, préc., note 21.

fondée dans 20 des 28 cas. Pour les 8 autres, la condamnation était tout au plus questionnable⁷³⁷.

Dans son étude exhaustive sur les 250 premiers exonérés américains par tests ADN en 2011, le professeur Garrett arrive aussi à la conclusion que dans la plupart des cas, la preuve de culpabilité est accablante. Garrett a étudié les déclarations des 40 condamnés qui ont fausement confessé le crime⁷³⁸. 38 des 40 confessions incluait des détails sur la commission du crime et les policiers ont témoigné que l'accusé avait par lui-même dévoilé ces éléments clés durant l'interrogatoire sans que des questions suggestives n'aient été posées⁷³⁹. Il est difficile de concevoir une preuve plus incriminante. Conserver un doute dans un tel cas s'éloigne de la définition de ce qui fonde un doute « raisonnable », qui, relevant du bon sens, ne doit être ni imaginaire ni frivole.

Il en va de même pour les informateurs détenus avec les accusés. Dans 21 % des 250 exonérations (52), un informateur a témoigné au procès pour rapporter une déclaration incriminante que lui aurait faite l'exonéré⁷⁴⁰. Souvent, les informateurs rapportaient des détails sur le crime que les policiers prétendaient connus seulement du véritable coupable⁷⁴¹. Si un *juge des faits* doit écarter une preuve aussi convaincante qui confirme l'histoire de la Couronne alors que la défense n'a aucun moyen d'expliquer l'obtention de ces informations par le témoin, dans quel cas peut-il retenir le témoignage d'un informateur de prison?

La même question se pose quant aux témoignages d'experts. Dans 169 des 250 exonérations, un témoin expert a témoigné au soutien de l'histoire proposée par l'État. La preuve médico-légale incriminant l'accusé était aussi variée que la sérologie (116 cas), l'ADN (20 cas), la comparaison des cheveux (75 cas), de la voix (1 cas), des empreintes digitales (20

⁷³⁷ D. GIVELBER, préc., note 15, 1351.

⁷³⁸ B. GARRETT, préc., note 15, p. 19; sur les 39 qui sont allés à procès, 28 ont contestés l'admissibilité de leur confession erronée. Ils ont tous échoués, les tribunaux ayant conclu qu'ils avaient valablement renoncé à leur droit de garder le silence. Voir *Id.*, p. 36-38.

⁷³⁹ B. GARRETT, préc., note 15, p. 19-20.

⁷⁴⁰ *Id.*, p. 124.

⁷⁴¹ *Id.*

cas), des empreintes dentaires (20 cas) ou des empreintes de souliers (6 cas)⁷⁴². Dans 61 % des procès où l'expert a témoigné pour l'État, il a soit partagé des conclusions invalides sur la preuve médico-légale qu'il a analysée, soit fait une représentation erronée sur la fiabilité ou la valeur de cette preuve⁷⁴³. Est-il possible d'utiliser avec succès l'outil traditionnellement perçu comme le plus efficace pour tester la véracité de la preuve, le contre-interrogatoire⁷⁴⁴, pour démontrer l'invalidité des résultats alors que l'expert croit à l'exactitude des résultats auxquels il est arrivé?

Le manque de fiabilité de l'identification visuelle d'un étranger est parmi les « sources » d'erreurs les plus documentées. Un *juge des faits* bien informé des dangers d'une telle preuve peut-il rejeter une identification où deux témoins distincts certifient devant lui reconnaître le perpéteur de l'infraction sans que ce doute n'en devienne « déraisonnable » au sens où le prescrit le droit?⁷⁴⁵ 76 % des 250 premiers exonérés américains ont été identifiés erronément (190) et 36 % d'entre eux (68) étaient identifiés par plusieurs témoins oculaires, parfois 3, 4 ou 5⁷⁴⁶. Comme l'expert convaincu de ses résultats, le témoin qui, de bonne foi, est certain de reconnaître le coupable en la personne de l'accusé peut difficilement être contre-interrogé de façon à démontrer le caractère erroné de cette identification :

« Imagine an eyewitness has made a mistaken identification. In spite of her mistake, she delivers her testimony to the jury with confidence. She asserts that she is "positive" she has identified the culprit and reports being "100% certain" about details of the crime. Under cross-examination, she maintains her high confidence, refusing to acknowledge any doubt in either her identification or the details of the crime. To avoid conviction, an innocent defendant must convince jurors that the eyewitness is wrong. In doing so, the defendant must ask jurors to ignore their natural tendencies to use confidence as a cue to accuracy [...]. This challenge is insurmountable for many innocent defendants and

⁷⁴² *Id.*, p. 89-90.

⁷⁴³ *Id.*, p. 90.

⁷⁴⁴ Voir par exemple P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 346.

⁷⁴⁵ Soulevant le même genre d'interrogations, voir Carrie SPERLING, « When Finality and Innocence Collide », dans Sarah Lucy COOPER (dir.), *Controversies in Innocence Cases in America*, coll. Controversies in American constitutional law, Farnham, Ashgate Publishing, 2014, p. 139 à la page 139.

⁷⁴⁶ Les 190 identifications erronées ont été faites par 290 témoins oculaires différents. Voir B. GARRETT, préc., note 15, p. 50.

presents a puzzling dilemma: How could a witness be so confident and yet so wrong? »⁷⁴⁷

La preuve produite au procès des exonérés incluait ainsi des confessions du crime à des policiers ou à des informateurs de prison révélant des informations que seul le coupable devait connaître, des experts témoignant de l'existence d'une preuve médico-légale liant l'accusé à la scène du crime et des témoins, parfois plusieurs, venus certifier au *juge des faits* reconnaître le coupable en la personne de l'accusé. Conformément aux prescriptions juridiques voulant que sa décision doive reposer sur la preuve présentée et son bon sens, un *juge des faits* raisonnable pouvait difficilement arriver à la conclusion que l'histoire de la culpabilité de ces accusés n'était pas la seule histoire *vraisemblable*. C'est aussi la conclusion à laquelle les mécanismes de révision officiels sont arrivés lors de leur analyse de ces cas⁷⁴⁸.

Nous sommes d'avis que le cas de ces exonérés illustre l'incapacité générale d'un *juge des faits* agissant suivant le droit de départager, à la seule écoute d'une preuve, celles qui représentent la Vérité de celles qui ne la représentent pas. Ce postulat est irréconciliable avec la vision traditionnelle du procès. Cette dernière suppose que le *juge des faits* attribue une probabilité de véracité à chacune des preuves présentées dont l'accumulation lui permet de remplir le fardeau de preuve hors de tout doute raisonnable, au-delà duquel l'atteinte de la vérité-correspondance est presque certaine — à un doute raisonnable près. Suivant la vision traditionnelle, le *juge des faits* aurait ainsi failli à sa tâche dans le cas des exonérés, les erreurs judiciaires étant expliquées comme résultant de l'opération de l'institution par des êtres humains⁷⁴⁹. Cette vision ne permet pas d'expliquer pourquoi le *juge des faits* aurait particulièrement échoué dans le cas des exonérés ni pourquoi les mécanismes de révision officielle n'ont pas été en mesure d'y remédier.

⁷⁴⁷ Amy Bradfield DOUGLASS et Afton PAVLETIC, « Eyewitness Confidence Malleability », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 149 à la page 149.

⁷⁴⁸ Garrett évalue que le taux de renversement par le biais de l'appel ou autres procédures post-condamnation de ces dossiers était de 13 %, un taux usuel pour la catégorie de crime dans laquelle ils s'inscrivent (meurtre et agressions sexuelles). Voir B. GARRETT, préc., note 15, p. 183-184.

⁷⁴⁹ Voir à titre d'exemple P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 242: « *As a human and therefore fallible set of institutions and processes, criminal proceedings carry and unavoidable risk of error [...]* ».

Comme rapporté précédemment⁷⁵⁰, la capacité humaine moyenne à établir si quelqu'un ment est d'environ 55 %. Cette piètre performance amène une professeure en psychologie sociale à affirmer que pour une meilleure exactitude des verdicts judiciaires, les acteurs du système devraient n'accorder *aucune* importance à leurs conclusions quant au caractère vrai des affirmations d'un individu⁷⁵¹. Pourtant, la détermination judiciaire des faits fonctionne strictement sur la base de l'évaluation par le *juge des faits* de la véracité des témoignages rendus au jour du procès. Même lorsque le témoin ne ment pas et est de bonne foi, sa confiance dans son propre témoignage n'est pas non plus un indice fiable de l'exactitude de son contenu⁷⁵², alors qu'il s'agit d'un des éléments sur lesquels le *juge des faits* base son évaluation⁷⁵³.

Que le *juge des faits* ne puisse se fier ni à sa capacité à identifier le mensonge, ni à la confiance des témoins honnêtes dans leur propre témoignage pour déterminer les faits est irréconciliable avec la vision traditionnelle du procès voulant qu'un *juge des faits* puisse attribuer une valeur à chacun des éléments de preuve considéré de façon isolée et ainsi atteindre la vérité-correspondance. La théorie narrative permet au contraire de comprendre que dans le cas des exonérés par l'ADN, le *juge des faits* n'a pas échoué à sa tâche : la culpabilité était le seul verdict auquel le droit lui permettait d'arriver suivant la preuve présentée. Une fois qu'une partie décide de présenter une preuve, le mandat de déterminer son caractère exact est confié à un *juge des faits* qui n'a aucun moyen concret, aucune ressource tangible, pour contre-vérifier sa *véracité* dans la réalité. Le *juge des faits* n'enquête pas sur les théories présentées, il doit déterminer les faits en évaluant le mérite relatif des théories des parties : « [The judge] function is to make the ultimate finding of fact but she does not herself investigate; rather, she judges the merits of two positions that are put before her. »⁷⁵⁴.

⁷⁵⁰ Voir *supra*, p. 45.

⁷⁵¹ A.-M. LEACH, préc., note 187 à la page 48.

⁷⁵² Cela a particulièrement été démontré en matière d'identifications visuelles erronées. Voir D. SIMON, préc., note 35, 153; voir aussi R. C. PARK, préc., note 174, 853; Kenneth A. DEFFENBACHER, « Eyewitness Accuracy and Confidence: Can We Infer Anything about Their Relationship? », (1980) 4-4 *Law Hum. Behav.* 243, 243.

⁷⁵³ D. SIMON, préc., note 35, 157-158; K. A. DEFFENBACHER, préc., note 752, 244.

⁷⁵⁴ D. STUART et T. QUIGLEY, préc., note 300, p. 579; voir aussi R. GRUNEWALD, préc., note 188, 371-372.

Selon le droit, son seul outil pour déterminer les faits suivant la seule preuve présentée — et sans qu'il puisse supposer l'existence d'autres preuves — est son bon sens⁷⁵⁵. La théorie narrative permet de comprendre comment ce dernier lui permet d'arriver à une décision sur les faits : lorsque suffisamment de preuves, exactes ou inexactes, soutiennent une histoire plausible suivant ce bon sens, il juge cette histoire *vraisemblable* et la preuve au soutien d'une telle histoire est dès lors jugée crédible et retenue, puisqu'elle est cohérente avec le reste de la preuve présentée ainsi qu'avec ses représentations sociales. Une histoire inexacte, mais *vraisemblable*, c'est-à-dire structurellement bien construite, conforme aux représentations sociales du juge et soutenue par de la preuve, vraie ou fausse, n'est pas départageable d'une histoire *vraie*. Le caractère dommageable d'une preuve erronée est ainsi toujours double : elle amoindrit la *vraisemblance* de l'histoire qui n'est pas en mesure de l'expliquer en diminuant sa *couverture* de la preuve, tout en renforçant celle qu'elle soutient puisqu'elle devient forcément la *seule* histoire capable de l'expliquer (augmentation de sa *couverture*). En creusant l'écart de *vraisemblance* entre l'histoire incapable d'expliquer la preuve inexacte et celle qui l'explique, cette preuve renforce le caractère *unique* de l'histoire qu'elle soutient. Le cas des exonérés démontre que les erreurs judiciaires ne sont pas le résultat de méprises isolées attribuables à l'opérationnalisation humaine — et donc faillible — d'un système dont les rouages sont conçus pour éviter le plus possible que ces erreurs surviennent. Au contraire, considérant les faits de ces causes et les moyens que le système met à la disposition du *juge des faits* pour les trancher, ces résultats étaient inévitables, voire prévisibles, et surviendraient de nouveau si ces cas se représentaient de nouveau devant un tribunal.

La théorie narrative permet ainsi de démentir la croyance traditionnelle que le fardeau de preuve hors de tout doute raisonnable est si élevé qu'il permet l'acquittement de coupables *de sorte* à éviter que tout innocent puisse l'être. La vision traditionnelle atomiste de la preuve prétend que l'attribution d'un degré de véracité à chacune des preuves permet de remplir ultimement le fardeau de preuve à une hauteur suffisamment élevée pour (presque) garantir la culpabilité d'un accusé. Si le *juge des faits* échoue à identifier une preuve inexacte, cette vision suppose qu'il est invraisemblable que cela survienne *à répétition* pour chacun des

⁷⁵⁵ Voir *supra*, p. 73.

éléments de preuves présentés, rendant le « hors de tout doute raisonnable » presque inatteignable en cas d'erreur.

La théorie narrative est holistique en ce qu'elle suppose que la preuve au procès est appréhendée comme un tout, sous forme d'histoires, dont la *vraisemblance* dépend de leur force explicative de la preuve et de leur conformité avec les représentations sociales du *juge des faits*. La théorie narrative permet d'expliquer qu'il est *raisonnable* selon le droit d'entretenir un doute lorsqu'il existe une explication *plausible* de la preuve (*couverture*) cohérente avec l'innocence⁷⁵⁶. Dans le cas contraire, la preuve est dite hors de tout doute *raisonnable*. Le continuum de l'innocence à la certitude de culpabilité suivant l'accumulation d'évaluations de la véracité de preuves autonomes n'existe pas. L'atteinte de la conviction « hors de tout doute raisonnable » dépend plutôt de la *vraisemblance* relative des histoires en compétition, peu importe leur véracité respective. Ce fardeau demeure très élevé en ce qu'aucune autre explication vraisemblable compatible avec l'innocence ne doit émaner de la preuve pour qu'il y ait condamnation. Néanmoins, il ne permet pas d'affirmer que des coupables sont acquittés *avant* qu'un innocent soit condamné. En effet, suivant la théorie narrative, l'occurrence des condamnations erronées peut théoriquement être aussi élevée que celle des acquittements erronés, puisque l'un comme l'autre sont uniquement fonction de la *vraisemblance* relative des histoires en compétition dans un cas donné.

Les auteurs qui ont constaté l'inaptitude du *juge des faits* à départager les preuves inexacts des preuves représentant la Vérité proposent généralement soit un renforcement des règles d'admissibilité de manière à garantir l'exactitude des preuves admises au procès⁷⁵⁷, soit des réformes en amont du procès de sorte que ce dernier ne soit plus l'étape critique où la véracité de la preuve est évaluée :

« Since the core problem affecting the adjudicatory process is its heavy reliance on evidence that is of questionable integrity, reforms are best targeted at the process that is primarily responsible for producing that evidence, namely, the investigative phase.

⁷⁵⁶ Voir *supra*, chapitre 78. Sur le fardeau de preuve hors de tout doute raisonnable en droit criminel suivant la théorie explicative de la preuve, voir M. S. PARDO, préc., note 174, 604; M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 238; R. J. ALLEN et M. S. PARDO, préc., note 556, 316; R. J. ALLEN et B. LEITER, préc., note 90, 1528.

⁷⁵⁷ Voir *supra*, p. 10.

Providing juries with more accurate and transparent evidence will go a long way to make their task more manageable and their verdicts more accurate. »⁷⁵⁸

Les auteurs qui se sont penchés plus spécifiquement sur la théorie narrative du procès proposent le même genre de réforme pour remédier aux erreurs d'exactitude qui résultent inévitablement du système révélé par la théorie narrative : ils proposent des modifications en amont du procès afin que le jugement final qui en résulte soit tout de même factuellement exact⁷⁵⁹. Même s'ils reconnaissent que la détermination judiciaire des faits n'est pas en mesure d'atteindre l'idéal de la vision traditionnelle, ils n'abandonnent pas l'idée traditionnelle que cet idéal d'exactitude doit être atteint, même si cela doit l'être par une autre méthode que le procès.

Si toutes les procédures sont effectivement renforcées afin que seule la preuve extrêmement fiable et dont la véracité est contre-vérifiée soit admise au procès, nous sommes d'avis que le besoin pour une détermination *judiciaire* des faits n'existera simplement plus, faute d'incertitude factuelle. Rappelons qu'un procès criminel est dans son essence un débat sur les faits⁷⁶⁰. En proposant une concentration des ressources sur la phase d'investigation, les auteurs suggèrent de déplacer l'instance de détermination de la culpabilité à la phase d'enquête. Le procès acquerrait alors le statut de rituel à valeur symbolique⁷⁶¹ ou d'une institution poursuivant seulement d'autres buts, comme la résolution des conflits⁷⁶². Il existe un fossé important entre reconnaître que le processus judiciaire ne permet pas d'atteindre la vérité-correspondance tel qu'il le prétend, et proposer des modifications en contradiction avec les prémisses qui fondent ce processus, c'est-à-dire le fait qu'il revient à un *juge des faits* et à

⁷⁵⁸ D. SIMON, préc., note 61, p. 177; Daryll K. Brown propose pour sa part une séparation des pouvoirs et des rôles institutionnels dans la branche exécutive (policiers, poursuivants, laboratoires), la vérification de l'exactitude des preuves à l'étape de l'enquête et une révision judiciaire plus importante du déroulement de cette étape où les faits sont générés. Voir D. K. BROWN, préc., note 23, 1613 et suiv.; Findley réfère et acquiesce à la position de Brown dans K. A. FINDLEY, préc., note 31, 972.

⁷⁵⁹ Jackson propose la supervision par le système judiciaire de la façon dont la preuve est sélectionnée. Voir J. D. JACKSON, préc., note 76, 325; Givelber, le premier à avoir lié l'étude des erreurs judiciaires et la théorie narrative, estime aussi que la phase d'investigation devrait davantage être régulée. Voir D. GIVELBER, préc., note 15, 1383; il est d'avis qu'il n'existe probablement aucun moyen d'augmenter l'exactitude des jugements sans intensifier le contrôle bureaucratique sur la police et les procureurs de la Couronne. Voir *Id.*, 1395.

⁷⁶⁰ Voir *supra*, p. 38.

⁷⁶¹ D. SIMON, préc., note 35, 202.

⁷⁶² D. K. BROWN, préc., note 23, 1644.

personne d'autre de vérifier et de trancher la question de la culpabilité d'un accusé face à la preuve présentée par les parties⁷⁶³. Plutôt que de remettre en question leur réflexe traditionnel, les auteurs remettent plutôt en question le droit et les fondements du système judiciaire contradictoire.

Ce constat est partagé par certains juristes qui s'opposent à des propositions ponctuelles de réformes visant à augmenter l'exactitude décisionnelle, mais ayant pour effet de transformer l'essence même du système. À titre d'exemple, afin de limiter la vision en tunnel et s'assurer que les policiers explorent diverses hypothèses lors de l'enquête, certains ont proposé que soit reconnu et sanctionné par le système judiciaire un nouveau droit pour l'accusé : le droit à une enquête appropriée. D'autres juristes ont répondu que le système judiciaire était une institution indépendante qui avait justement pour fonction première de trancher la suffisance et la qualité de la preuve recueillie par l'État⁷⁶⁴. Suivant un tel système, le contrepoids à la liberté d'enquête de l'État est qu'une enquête bâclée risque de faire naître un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé dans l'esprit du *juge des faits*. La division du pouvoir est ainsi faite que le risque que l'arbitre indépendant qu'est le *juge des faits* prononce un acquittement est ce qui doit motiver la branche exécutive de l'État à effectuer ses enquêtes de manière consciencieuse. Une autre illustration des propositions de réforme visant à augmenter l'exactitude décisionnelle est de hausser le fardeau pour l'admissibilité au tribunal des preuves médicolégales puisqu'elles sont souvent erronées. Un juriste répond à cette proposition qu'il ne voit pas pourquoi cette hausse de fardeau ne s'appliquerait qu'aux preuves médicolégales et souligne qu'il n'existe pas de « droit » de l'accusé à être jugé suivant une preuve fiable⁷⁶⁵. Bien que cette proposition puisse paraître contre-intuitive, le système actuel tel que pensé et instauré par le droit l'implique forcément. Il prévoit que c'est à un *juge des faits* d'un tribunal de juridiction criminelle que revient la compétence exclusive d'évaluer

⁷⁶³ Voir *supra*, p. 150.

⁷⁶⁴ Stephen COUGHLAN et Laura PEACH, « Keeping Primary Goals Primary: Why There is No Right to an Adequate Investigation », (2012) 16 *Rev. Can. Droit Pénal* 247, 274.

⁷⁶⁵ Ken CHASSE, « Comment : “Junk Science” by Way of a Higher Burden of Proof », (2012) 16 *Rev. Can. Droit Pénal* 323; pour la réponse des auteurs, voir Gary EDMOND et Kent ROACH, « A reply to Chasses’s “ “Junk Science” by Way of a Higher Burden of Proof” », (2012) 16 *Rev. Can. Droit Pénal* 357; pour une réplique, voir Ken CHASSE, « Comment : Conceding the Edmond-Roach Reply », (2012) 16 *Rev. Can. Droit Pénal* 383.

la valeur de la preuve recueillie par l'État afin d'établir la culpabilité d'un accusé⁷⁶⁶. Encore une fois, le système judiciaire suppose que le risque que le *juge des faits* ne retienne pas une preuve dont il juge la fiabilité insuffisante motive les parties à s'assurer que la preuve présentée ait un minimum de valeur probante. Si les auteurs proposent un seuil minimal de fiabilité pour certaines preuves, ce seuil devrait s'appliquer pour l'ensemble des preuves admissibles devant les tribunaux. Puisque le rôle principal du *juge des faits* est de juger de la valeur probante de la preuve présentée, cela reviendrait par ailleurs à usurper son rôle au sein du système judiciaire.

Comme ces exemples l'illustrent, lorsque des auteurs suggèrent des changements afin d'augmenter l'exactitude de la détermination judiciaire des faits, ils se retrouvent à proposer des modifications qui touchent à l'essence même du système judiciaire. Puisque tous les changements visant à permettre l'atteinte de la vérité-correspondance par le *juge des faits* entraîneraient des modifications substantielles au droit régissant l'institution, voire au rôle et à la compétence des tribunaux au sein du système de justice criminelle, une théorie qui se veut descriptive de la réalité du système judiciaire suivant le droit actuel ne peut que prendre acte du fait que dans sa forme actuelle prescrite par le droit en vigueur, la détermination judiciaire des faits ne permet pas d'atteindre la vérité-correspondance. Si l'atteinte de la vérité-correspondance est réellement l'objectif de la détermination judiciaire des faits, force est de conclure qu'il faut changer l'essence même du système actuel instauré par le droit. La théorie narrative permet plutôt d'envisager que, contrairement à ce que la vision traditionnelle prétend, l'ensemble du processus menant à la détermination judiciaire des faits n'est pas conçu de manière à permettre d'atteindre cette vérité-correspondance. Les propositions de réformes partielles et ponctuelles des auteurs pour augmenter l'exactitude factuelle font figure de coups d'épée dans l'eau au sein d'un système dont l'ensemble du processus ne vise pas ce but.

Par ailleurs, en se concentrant uniquement sur l'augmentation de l'exactitude de la preuve admise au procès, ces auteurs font fi du fait qu'une preuve erronée n'est pas toujours nécessaire pour que la détermination judiciaire des faits s'éloigne de la vérité-correspondance. Comme l'énonce le professeur Andrew M. Siegel, « *[p]erfect inputs do not guarantee perfect*

⁷⁶⁶ Voir *supra*, p. 150.

outcomes in any system where fallible human beings are asked to operate the machinery of justice »⁷⁶⁷. Nous sommes d'avis que cela est encore plus vrai lorsque le droit demande à ces humains de déterminer les faits suivant son bon sens, siège des mythes et stéréotypes.

4.2 — Les biais sociaux

La théorie narrative permet de comprendre comment, même en l'absence de toute preuve inexacte, les biais sociaux pénètrent au tribunal et influencent les verdicts. En fait, le terme « biais » semble inapproprié puisque le *juge des faits* est expressément convié par le droit positif à déterminer les faits suivant la preuve présentée et son bon sens, deux éléments ayant pour effet de filtrer la multitude de faits représentant la complexité du réel pour la réduire à une suite simple se présentant sous forme narrative. Cette dernière forme permet aux histoires d'être comparées, sélectionnées et, ultimement, que le droit y soit appliqué⁷⁶⁸. La rationalisation des faits qu'implique la limitation de la preuve présentée ainsi que le recours au bon sens a pour conséquence l'exclusion de l'arène du tribunal de certains faits qui pourraient autrement faire partie des histoires débattues, engendrant ainsi une distorsion systématique par rapport à la Vérité. Si le bien-fondé de ces « biais » est hors du projet du présent mémoire, force est néanmoins de conclure qu'ils sont *inhérents* à un processus de détermination des faits basé sur la preuve présentée et le bon sens. En nous fondant sur la théorie narrative, nous évaluerons la distorsion des histoires qu'implique chacun des critères de droit positif en regard desquels la détermination judiciaire des faits doit être réalisée : d'abord le bon sens (4.2.1), ensuite la preuve présentée (4.2.2).

4.2.1 La détermination judiciaire des faits suivant le bon sens

Il semble relever de l'essence même d'un système exhortant le *juge des faits* à avoir recours à son bon sens pour déterminer les faits que la *plausibilité* relative des histoires en compétition soit déterminée suivant les représentations sociales dominantes, incluant les préjugés et autres formes de jugements sociaux. L'histoire la plus *vraisemblable* n'est pas

⁷⁶⁷ A. M. SIEGEL, préc., note 22, 1224.

⁷⁶⁸ Voir *supra*, p. 52.

forcément la plus exacte, mais la plus *plausible* eu égard aux représentations sociales du *juge des faits*. Les parties minorisées ont ainsi des chances systématiquement plus restreintes que le *juge des faits* partage suffisamment leurs représentations sociales pour que leur histoire, lorsqu'elle est vraie, soit considérée *plausible*.

Le fait que certaines histoires, bien que *vraies*, soient peu *plausibles* suivant les représentations sociales dominantes a été démontré par la professeure américaine Kim Lane Scheppelle après une analyse de l'évolution des histoires acceptées par les tribunaux en matière d'agression sexuelle au cours des dernières décennies⁷⁶⁹. À une certaine époque, il était difficile pour des juges majoritairement masculins d'inférer de la passivité d'une femme (élément physique de l'*action*) une absence de consentement (élément psychique de l'*action*) à l'activité sexuelle. Rappelons que lorsqu'une suite d'*actions* n'est pas contestée, l'influence des représentations sociales sur l'évaluation de la *plausibilité* des éléments mentaux inférés est particulièrement apparente⁷⁷⁰, les éléments mentaux des *actions* ne pouvant être inférés qu'à partir du bon sens⁷⁷¹. Dans l'arrêt *R. c. Ewanhuck*, la Cour suprême du Canada se prononce sur un cas d'agression sexuelle reposant sur une interprétation du consentement (élément psychique) d'une suite d'*actions* non contestée par les parties⁷⁷². Considérant le refus du juge de première instance de croire à l'absence de consentement de la plaignante alors que cette dernière avait expressément dit à l'accusé « non » à 4 reprises, la juge L'Heureux-Dubé amorce ses motifs concordants comme suit : « *This case is not about consent, since none was given. It is about myths and stereotypes [...]* »⁷⁷³. Suivant la théorie narrative, nous dirions plutôt que *R. c. Ewanhuck* soulève la question des représentations sociales — qui incluent les mythes et stéréotypes — à partir desquels la *vraisemblance* de l'histoire d'une plaignante en matière d'agression sexuelle peut être évaluée⁷⁷⁴. Conformément à la définition d'erreur judiciaire retenue dans le présent mémoire et découlant des prémisses de la vision

⁷⁶⁹ K. L. SCHEPPELE, préc., note 237, 2096.

⁷⁷⁰ Voir *supra*, p. 91.

⁷⁷¹ Voir *supra*, p. 70.

⁷⁷² *R. c. Ewanhuck*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 61.

⁷⁷³ *Id.*, par. 82 (j. L'Heureux-Dubé, motifs concordants).

⁷⁷⁴ Pour une liste des mythes et stéréotypes persistants et indésirables, voir *Id.* (j. L'Heureux-Dubé, motifs concordants).

traditionnelle du procès⁷⁷⁵, les tribunaux échouent à atteindre la vérité-correspondance à chaque fois que l'histoire de la plaignante est *vraie*, mais qu'elle n'est pas retenue parce qu'elle est jugée ne pas être *plausible*. Dans *R. c. Ewanchuk*, la Cour suprême du Canada prend acte de la dichotomie existante entre la *vraisemblance* et la *véracité* des récits en cette matière et modifie le droit en vigueur dans le but de diminuer cet écart. Elle statue qu'il est dorénavant erroné pour un *juge des faits* de rejeter l'histoire d'une plaignante en raison de l'absence de *plausibilité* qu'il accorde à son absence de consentement si cela découle de certaines représentations sociales, notamment celles voulant que le consentement (élément psychique) puisse être inféré des *actions* de ne pas résister physiquement ou d'avoir accepté une activité autre que sexuelle auparavant⁷⁷⁶.

Cet arrêt n'est pas le seul exemple où le droit reconnaît que le recours au bon sens et à l'expérience pour guider le *juge des faits* dans son évaluation de la valeur de la preuve et en tirer des inférences ouvre la porte aux stéréotypes et mine ainsi la capacité du processus de détermination judiciaire des faits à atteindre la vérité-correspondance⁷⁷⁷. C'est aussi pour contrer les inférences *plausibles* suivant les représentations sociales dominantes que la possibilité de mettre en preuve les activités sexuelles antérieures des plaignantes en matière d'agression sexuelle a strictement été encadrée par le législateur aux articles 276 et 277 du *Code criminel*. Ces articles empêchent l'accusé de faire appel à l'histoire familière et *plausible* de la plaignante qui cause son propre malheur en ayant une conduite sexuelle inappropriée pour mener le *juge des faits* à inférer son consentement dans un cas donné :

« If we accept, as we must, that the purpose of the criminal trial is to get at the truth in order to convict the guilty and acquit the innocent, then it follows that irrelevant evidence which may mislead the jury should be eliminated in so far as possible. There is no doubt that evidence of the complainant's sexual activities has often had this effect. Empirical studies in the United States suggest that juries often misused evidence of unchastity and improperly considered "victim-precipitating" conduct, such as going to a bar or getting into a car with the defendant, to "penalize" those complainants who did not fit the stereotype of the "good woman" either by convicting the defendant of a lesser

⁷⁷⁵ Voir *supra*, p. 25.

⁷⁷⁶ *R. c. Ewanchuk*, préc., note 772, par. 97 (j. L'Heureux-Dubé, motifs concordants).

⁷⁷⁷ Voir S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 36, n° 4:30.10 et 5:20.60.20.

charge or by acquitting the defendant [...] It follows that society has a legitimate interest in attempting to eliminate such evidence. »⁷⁷⁸

Dans cet extrait, la Cour suprême du Canada explique que ce type de preuve doit être exclu du tribunal afin d'éviter que le *juge des faits* évalue la *plausibilité* du consentement de la plaignante selon des représentations sociales qui, quoique largement partagées, sont jugées *inadéquates*, puisqu'elles ne permettent pas une reconstitution factuelle *exacte*. La juge en Chef du Canada note que le raisonnement basé sur le bon sens est ainsi susceptible de ne pas mener à la vérité-correspondance en matière d'agression sexuelle, puisqu'il inclut plusieurs mythes et stéréotypes :

« These myths and stereotypes about child and adult complainants are particularly invidious because they comprise part of the fabric of social “common sense” in which we are daily immersed. Their pervasiveness, and the subtlety of their operation, create the risk that victims of abuse will be blamed or unjustly discredited in the minds of both judges and jurors. »⁷⁷⁹

En prohibant certaines inférences factuelles, les tribunaux et le législateur reconnaissent que les représentations sociales dominantes influencent suffisamment la *plausibilité* des histoires des victimes d'agressions sexuelles pour craindre qu'elles soient systématiquement rejetées, peu importe leur véracité. Cette reconnaissance de l'impact des représentations sociales sur le raisonnement factuel est toutefois restreinte à certaines inférences dans des domaines de droit particuliers⁷⁸⁰. Toutefois, un écart entre la *plausibilité* et la véracité peut survenir dans tout type de crime et pour toute partie au procès, dès que les représentations sociales mobilisées par l'histoire *vraie* ne sont pas partagées par le *juge des faits*.

Cela a par ailleurs illustré précédemment avec l'exemple tiré des recherches de Pennington et Hastie où le port du couteau par l'accusé permet à certains faux jurés, provenant d'un milieu social particulier, d'inférer la préméditation de l'homicide qui s'en est suivi en

⁷⁷⁸ *R. c. Seaboyer*, préc., note 99.

⁷⁷⁹ *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 103; voir aussi *R. c. Seaboyer*, préc., note 99 (j. L'Heureux-Dubé, motifs dissidents).

⁷⁸⁰ Expliquant que plusieurs règles de preuve visent à contrôler les représentations sociales dans lesquelles le *juge des faits* peut aller puiser pour trancher les faits, voir C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 22 et 50.

rejetant la *plausibilité* de l'*action* de se promener avec un couteau sur soi en tout temps, et donc sans l'intention spécifique de s'en servir (élément psychique de l'*action*)⁷⁸¹. Un autre exemple particulièrement évocateur est celui d'un véritable procès pour meurtre rapporté par les chercheurs Bennett et Feldman. L'accusé, noir, était entré dans un bar de personnes blanches afin de boire une bière avec son frère⁷⁸². Une fois servi, il a pris une bouteille de vin en arrière du bar en disant à la blague qu'il avait besoin d'un petit « pousse-alcool »⁷⁸³. Directement après, il s'est fait attaquer par plusieurs personnes — qui témoignent au procès l'avoir vu voler la bouteille — et une fusillade s'en est suivie durant laquelle un individu a été tué. L'élément clé du procès était l'interprétation de l'élément psychique de l'*action* de prendre la bouteille de vin. L'accusé admet dans son contre-interrogatoire qu'il sait maintenant qu'il ne peut en aucun cas s'amuser avec une bouteille de vin qui ne lui appartient pas, mais il affirme qu'il n'aurait jamais cru que cela aurait pu entraîner une telle réaction. Quelle que soit la véracité de l'histoire de l'accusé, les chercheurs relèvent que dans ce cas précis, il n'était pas *plausible* suivant les représentations sociales du *juge des faits* d'inférer un autre élément psychique de l'*action* de prendre la bouteille que celle d'avoir l'intention de la voler⁷⁸⁴. Or, si l'accusé disait vrai et voulait réellement faire une blague, force est de conclure qu'il a été victime d'une erreur judiciaire factuelle au sens du présent texte, puisqu'en réalité, il n'avait pas la *mens rea* requise pour être condamné. Dans un tel cas, son histoire *vraie* n'était pas suffisamment *plausible* pour être entendue et retenue par le *juge des faits*.

Comme c'était le cas pour les victimes d'agressions sexuelles à une certaine époque, cet exemple de Bennett et Feldman permet d'illustrer concrètement que de ne pas partager les mêmes représentations sociales que celui qui raconte son histoire empêche son auditoire d'en reconnaître la véracité. Qui plus est, une fois que l'explication de l'accusé est considérée

⁷⁸¹ Voir *supra*, p. 92.

⁷⁸² W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 176-178.

⁷⁸³ Terme familier traduisant le terme anglais « *chaser* » selon GOUVERNEMENT DU CANADA, « TERMIUM Plus », *La banque de données terminologiques et linguistiques du gouvernement du Canada* (8 octobre 2009), en ligne : <<http://www.btb.termiumpplus.gc.ca/tpv2alpha/alpha-fra.html?lang=fra>> (consulté le 18 mars 2016).

⁷⁸⁴ Le fait que les minorisés ne partagent pas les mêmes représentations sociales, et donc les mêmes scripts, que ceux qui adhèrent aux représentations sociales dominantes fait en sorte que ces derniers ont parfois l'impression que les minorisés posent des actions simplement inexplicables. Voir K. L. SCHEPPELE, préc., note 237, 2096.

comme un mensonge visant à camoufler son intention coupable, sa crédibilité s'en trouve invariablement affectée et jette un doute sur l'ensemble de son témoignage.

La théorie narrative illustre ainsi qu'un système de détermination judiciaire des faits expressément basé sur le bon sens peut difficilement prétendre atteindre la vérité-correspondance alors que la *vraisemblance* s'éloigne forcément de la Vérité en cas de divergence de représentations sociales. Par ailleurs, elle permet de comprendre que les « biais » sociaux font partie intégrante d'une détermination judiciaire des faits qui repose expressément sur le bon sens. Elle explique aussi pourquoi les études empiriques ne permettent pas de conclure au caractère systémique de la discrimination sociale : la race, l'âge ou le milieu socioculturel ne permettent pas de prédire un verdict⁷⁸⁵. Il est possible d'émettre l'hypothèse que la discrimination sociale risque de modifier le verdict seulement lorsque les éléments clés de l'histoire tombent en dehors des représentations sociales partagées par le *juge des faits*, rendant l'histoire proposée peu *plausible*, peu importe sa véracité⁷⁸⁶.

Les auteurs de la théorie narrative qui se sont penchés sur cette dichotomie entre la véracité et la *plausibilité* causée par les différences de représentations sociales invitent généralement les tribunaux à cesser de sanctionner les histoires des minorisés en les rejetant comme peu *plausibles* sans d'abord s'être ouverts à les considérer comme potentiellement *vraies*⁷⁸⁷. Encore une fois, même si ces auteurs mobilisent la théorie narrative du procès, ils proposent que le processus soit moins *biaisé* de manière à rapprocher la *vraisemblance* de la Vérité et d'ainsi augmenter les chances que le processus de détermination des faits atteigne la vérité-correspondance. Tant que le bon sens sera l'outil prescrit par le droit positif pour trancher judiciairement la nature et la signification des faits, il nous semble illogique de sensibiliser les *juges des faits* aux représentations sociales autres que les leurs. Si le *juge des faits* fait attention de considérer comme *plausible* l'ensemble des histoires qu'il entend pour

⁷⁸⁵ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 170; cette absence de systématisme relevée par Bennett et Feldman au début des années 1980 est toujours d'actualité. Voir Ellen S. COHN, Donald BUCOLO et Samuel R. SOMMERS, « Race and Racism », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 279 aux pages 289-290; S. M. WILLIAMS, préc., note 220, p. 19.

⁷⁸⁶ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 148, 178.

⁷⁸⁷ Voir par exemple K. L. SCHEPPELE, préc., note 237, 2098.

éviter d'imposer ses représentations sociales aux minorisés, quel outil reste-t-il au *juge des faits* pour décider des faits dans un cas donné? Nous sommes d'avis qu'il s'agit d'un réflexe traditionnel et que la théorie narrative démontre plutôt que l'écart entre la *vraisemblance* et la Vérité est inévitable dans un système ayant expressément recours au bon sens pour décider des faits dans une société plurielle.

Comme expliqué précédemment, le raisonnement basé sur le bon sens implique le recours aux scripts, aux schémas et aux stéréotypes, des formes de catégorisations⁷⁸⁸. La catégorisation est un l'outil cognitif par lequel opère le bon sens⁷⁸⁹ et il permet au *juge des faits* d'évaluer ce qui, dans une situation donnée, survient *généralement*⁷⁹⁰. Comme expliqué antérieurement, la catégorisation est un raccourci permettant d'imputer les caractéristiques, inférences ou présuppositions de la catégorie prototype à l'objet catégorisé, souvent au détriment des caractéristiques propres de ce dernier⁷⁹¹. Les auteurs de la théorie narrative qui prennent conscience de ce fait conservent leur réflexe traditionnel en suggérant que le contenu du bon sens du *juge des faits* soit contre-vérifié afin d'éviter que la décision soit fondée sur des stéréotypes plutôt que sur le cas particulier dont il est saisi : « [...] *the studies' most striking implication is that if truth is not provided, the jury will rely on inferences and labels. These labels do not provide individualized justice. Instead, the labels are prone to cultural bias.* »⁷⁹² Certains suggèrent ainsi que le recours au bon sens dans un cas donné soit vérifié afin d'assurer qu'il ne reflète pas de stéréotype ou de généralisation discriminatoire⁷⁹³. À titre d'exemple, quelques chercheurs ont suggéré que le *juge des faits* identifie les règles d'interprétation émanant de son bon sens dans lesquelles il ancre chacun des éléments de

⁷⁸⁸ A. G. AMSTERDAM et J. S. BRUNER, préc., note 247, p. 20; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 16.

⁷⁸⁹ Voir A. G. AMSTERDAM et J. S. BRUNER, préc., note 247, p. 25-26.

⁷⁹⁰ Sur le recours au bon sens et à l'expérience comme outil afin de juger des faits, voir J. BENTHAM, préc., note 121, p. 112 : « *Experience? —of what? Of the conformity of the facts which form the subjects of the several assertions of which testimony consists, with the assertions so made concerning these respective facts.* »; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 48 : « *A generalization is usually formulated by adopting a conventional wisdom about how people and objects function in everyday life.* ».

⁷⁹¹ Voir *supra*, p. 94.

⁷⁹² Josephine ROSS, « ‘‘He Looks Guilty’’ : Reforming Good Character Evidence to Undercut the Presumption of Guilt », (2004) 65-2 *Univ. Pittsburgh Law Rev.* 227, 256 (renvoi omis).

⁷⁹³ Voir J. D. JACKSON, préc., note 76, 325; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 49.

preuve qu'il retient et les inférences qu'il tire⁷⁹⁴. Ils avancent que seules les règles de bon sens dont toutes les parties reconnaissent la validité et qui sont par ailleurs *objectivement* acceptables devraient pouvoir fonder un jugement sur les faits valide⁷⁹⁵. Il nous est difficile de concevoir comment des règles de bon sens pourraient ne pas être discriminatoires de manière à ce que leur utilisation par le *juge des faits* soit validée. Le recours au bon sens implique la catégorisation des faits en généralisant à partir de certaines de leurs caractéristiques. Forcément, dès qu'il y a généralisation, ce n'est plus exactement les individus et les faits en cause qui sont jugés, mais bien ce qu'ils représentent, avec les « biais » que cela implique.

Un autre auteur suggère qu'il y ait des témoignages d'experts sur les pratiques culturelles des témoins pour amoindrir l'impact des différences de représentations sociales dans l'évaluation de la *plausibilité* de leurs histoires⁷⁹⁶. Il admet néanmoins qu'aucun tribunal ne tolérerait qu'une succession d'experts vienne expliquer au *juge des faits* comment utiliser son bon sens. Selon nous, ce refus serait justifié. Si proposer le recours aux seules généralisations validées scientifiquement semble anodin, il s'agit en réalité d'une modification fondamentale au système de détermination judiciaire des faits. Le jugement sur les faits découle (1) de la preuve présentée et (2) du bon sens. Pour juger de la preuve présentée, le *juge des faits* a pour seul outil son bon sens. Si des experts décidaient des représentations sociales pouvant être utilisées dans un cas donné, le *juge des faits* n'aurait plus à mobiliser son bon sens pour décider des faits puisque la preuve à retenir et les faits à inférer de cette preuve découleraient automatiquement des représentations sociales validées par les experts. Si le *juge*

⁷⁹⁴ W. A. WAGENAAR, P. J. VAN KOPPEN et H. F. M. CROMBAG, préc., note 640, p. 38; dans le même ordre d'idées, Floris Bex développe ce qu'il appelle des « *Story Schemes* » pour permettre au *juge des faits* d'identifier de façon rationnelle le caractère *vraisemblable* d'une histoire donnée. Voir F. BEX, préc., note 205 à la page 113 et suiv.

⁷⁹⁵ W. A. WAGENAAR, P. J. VAN KOPPEN et H. F. M. CROMBAG, préc., note 640, p. 41; à titre d'exemple, les auteurs listent les règles suivantes comme relevant du bon sens, mais n'étant pas forcément acceptables puisqu'empiriquement démontrées comme erronées : les témoins qui ont une bonne occasion de voir le délinquant peuvent fournir une identification fiable, les experts des sciences naturelles ne font presque jamais d'erreurs, les poursuivants mènent rarement des innocents à procès, la défense s'assure qu'aucune preuve aidant à établir l'innocence n'est manquante au procès, etc. Voir *Id.*, p. 43. Puisque ces chercheurs proposent de mettre de côté les réflexes du bon sens au profit d'une version épurée ne contenant que des règles d'interprétation validées empiriquement, nous doutons du caractère approprié du choix des termes « règles de bon sens » (*common-sense rules*) pour désigner ce dans quoi chaque preuve devrait s'ancrer selon les chercheurs.

⁷⁹⁶ R. LEMPERT, préc., note 227, 571-572.

des faits n'a pas à avoir recours à son bon sens, quel apport conserve-t-il dans le processus de détermination judiciaire des faits? Puisque la preuve présentée l'est par les parties, la réponse à cette question nous semble être « aucun ». Cette proposition a encore une fois pour effet de retirer au *juge des faits* sa compétence exclusive sur la détermination judiciaire des faits.

S'il est largement admis que le tribunal est le lieu où le droit est appliqué sur des faits, nous croyons que sa fonction de décider des faits est aussi une de ses fonctions essentielles. Même si le droit est appliqué par le système judiciaire, il est édicté par le pouvoir législatif. Le véritable pouvoir normatif des tribunaux, qui le distingue de toute autre institution étatique, réside dans la possibilité de choisir les histoires qu'il écoute et celles qu'il ignore. Cet exercice est au cœur même du processus judiciaire, particulièrement du procès criminel qui est essentiellement un débat sur les faits⁷⁹⁷. Le droit requiert expressément au *juge des faits* qu'il détermine les faits en ayant recours à son bon sens. Puisqu'il est simplement impossible de déterminer la véracité d'une histoire par rapport à une autre à leur simple écoute, il faut soit conclure que le *juge des faits* échoue de façon systématique à atteindre la vérité-correspondance, soit reconnaître que cela n'est pas son objectif. Il est ainsi possible d'émettre l'hypothèse qu'un *juge des faits* outillé de son seul bon sens pour trancher des faits a pour fonction essentielle ce qu'il est réellement en mesure d'accomplir, c'est-à-dire décider des histoires acceptables et inacceptables dans la société dont il est issu en étant un vecteur des représentations sociales dominantes : « *If jurors are not to strive to reconstruct an objective reality, the primary reason for involving them in the trial process is to obtain their conventional judgment about affairs.* »⁷⁹⁸

Tout comme le droit criminel prohibe certaines *actions* particulièrement identifiées comme inacceptables et susceptibles de sanction dans la société canadienne, il est possible d'avancer que le mode de vie des individus dont les histoires dévient de façon significative des scripts dominants est aussi sanctionné par le système judiciaire en ce que ces histoires, même

⁷⁹⁷ Voir *supra*, p. 38.

⁷⁹⁸ R. J. ALLEN, préc., note 288, 412; sur l'appareil judiciaire comme véhicule des valeurs partagées par la communauté interprétative, voir Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs: le discours judiciaire et le droit*, coll. Les voies du droit, Presses universitaires de France, 1997; sur le système du jury comme permettant d'assurer au système criminel de refléter la perception populaire du bien et du mal, voir P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 70.

si elles sont *vraies*, pourront difficilement être reconnues comme telles par un *juge des faits* qui doit juger de leur *plausibilité* suivant ses propres représentations sociales.

4.2.2 La détermination judiciaire des faits suivant la preuve présentée

Le *juge des faits* tranche le caractère *vraisemblable* des histoires présentées suivant leur *plausibilité*, mais aussi selon leur *couverture* de la preuve présentée. Les histoires en compétition au procès étant circonscrites à celles qui *expliquent* la preuve admise, les limites à l'admissibilité de la preuve diminuent forcément les histoires considérées. Préoccupés par l'invéraisemblance systématique dont risque d'être teintée l'histoire *vraie* d'une partie qui ne partage pas les représentations sociales dominantes, certains auteurs ont suggéré d'exploiter la capacité des histoires à révéler les raisons psychologiques et structurelles à la base de l'*action* humaine pour y remédier. Ils proposent une plus grande admissibilité de la preuve au tribunal de manière à enrichir les histoires en compétition⁷⁹⁹. Ces auteurs misent sur le potentiel explicatif et empathique d'une histoire riche de détails pour augmenter la *plausibilité* des *actions* et des inférences qu'elle implique par la mise en preuve des raisons à leur source :

« Outsiders often have a different history, a different set of background experiences and a different set of understandings than insiders. (And just as all insiders' experiences are not all alike, neither are outsiders' experiences all of a piece.) So, when taken out of their context, outsiders' actions often look bizarre, strange, and not what the insider listening to the story would do under similar circumstances. »⁸⁰⁰

Selon nous, cette position s'inscrit plus largement dans celle voulant que les règles du droit de la preuve qui régissent son admissibilité⁸⁰¹ aient un effet négatif sur le processus de détermination judiciaire des faits. Suivant la théorie narrative, les règles d'exclusion de la

⁷⁹⁹ Cette position est celle de la « phase empathique » (notre traduction de l'expression « *the empathetic phase* ») du mouvement Droit et Littérature suivant Rob ATKINSON, « What Is It Like to Be Like That? The Progress of Law and Literature's "Other" Project », dans Austin SARAT (dir.), *Studies in Law, Politics, and Society*, 43, Bingley, Emerald Group Publishing, 2008, p. 21 à la page 26; l'histoire est considérée comme un moyen et une méthode pour générer de la compréhension et donc de l'empathie, particulièrement envers les minorisés. Voir *Id.* à la page 23. Font notamment parties de ce mouvement empathique les auteurs du « *legal storytelling for oppositionists* » discuté *supra*, note de bas de page 249.

⁸⁰⁰ K. L. SCHEPPELE, préc., note 237, 2096.

⁸⁰¹ Dans le présent chapitre, notre propos vise les règles de preuve prévues par le droit de la preuve et non pas les exclusions de preuve de nature constitutionnelle résultant de l'application de la *Charte canadienne*. Cette distinction est discutée *supra*, p. 19 et 35.

preuve réduisent forcément les éléments explicatifs susceptibles d'être présentés au soutien d'une histoire, diminuant de ce fait sa cohérence interne. Comme l'arrêt *Old Chief* le relève⁸⁰², cela peut affecter le caractère *vraisemblable* de l'histoire, et ce, peu importe sa véracité :

« Another set of issues that the story perspective highlights is that surrounding the problems that are raised by gaps in evidence. Here all exclusionary rules of evidence are potentially implicated, for any of them may cause a gap which makes a story less credible. What is worse, an exclusionary rule may give rise to a spoliation inference. A juror may assume that because gap-filling evidence was not presented when a story clearly called for it, the evidence does not exist. Thus the juror may find the story less credible. Moreover, the nonexistence of excluded evidence may be consistent with the opposing story and so make that story more credible. »⁸⁰³

Qui plus est, en créant des brèches dans l'histoire, les règles d'exclusion de la preuve augmentent le risque que le *juge des faits* ait recours à ses représentations sociales pour les combler⁸⁰⁴. Ces constats mènent généralement les auteurs à affirmer que la théorie narrative milite pour le principe de la liberté de preuve et la réduction des règles d'exclusion au strict nécessaire :

« To persuade the jury to choose their story, the adversaries need to offer detailed facts, including background and context about the central events and central actors. It could not be known for certain ex ante what evidence would satisfy the factfinder's expectations of a "complete" story, nor which facts would trigger those inferences which correspond to the ways in which the factfinders view, and have experienced, events in the real world. Therefore, evidence that passes a minimum threshold of probability to affect jurors' expectations of a complete and plausible story should be admitted under narrative theory. »⁸⁰⁵

Certains auteurs proposent que les règles d'exclusion de la preuve se limitent à prohiber l'inférence indésirable plutôt que la présentation de la preuve elle-même⁸⁰⁶. D'autres suggèrent que le *juge des faits* puisse poser des questions de manière à recevoir de l'information exacte plutôt que de se prêter à l'exercice de compléter lui-même les brèches

⁸⁰² Voir *supra*, p. 118.

⁸⁰³ R. LEMPERT, préc., note 227, 567.

⁸⁰⁴ Robert P. BURNS, « A Short Meditation on Some Remaining Issues in Evidence Law », (2008) 38-4 *Seton Hall* 1435, 1437; J. ROSS, préc., note 792, 256.

⁸⁰⁵ E. SWIFT, préc., note 258, 987-988 et 1003 (soulignements ajoutés); R. P. BURNS, préc., note 804, 1437.

⁸⁰⁶ R. LEMPERT, préc., note 227, 568.

narratives⁸⁰⁷. Comme mentionné plus haut, quelques juristes demandent un assouplissement des règles d'exclusion qui limitent la possibilité pour un accusé de présenter une histoire alternative *vraisemblable*⁸⁰⁸. Tous ces auteurs mobilisent la théorie narrative afin d'illustrer que l'exclusion de certains pans d'une histoire de l'enceinte du tribunal a une incidence plus grande sur son caractère *vraisemblable* que ce que la vision traditionnelle atomiste de la preuve le laisse croire.

Selon nous, la théorie narrative illustre effectivement que la distorsion inévitable qu'engendre l'exclusion de certaines preuves de l'enceinte judiciaire est exacerbée dans le cas des minorisés dont les représentations sociales ne sont pas partagées. Néanmoins, nous sommes encore une fois d'avis que malgré leur recours à la théorie narrative, ces auteurs conservent leur réflexe traditionaliste en suggérant un enrichissement des histoires présentées afin de faciliter l'atteinte de la vérité-correspondance⁸⁰⁹. Leur vision du procès s'inscrit ainsi entièrement dans la vision traditionnelle du procès. Ces auteurs se fondent sur la théorie narrative, mais ils ne font que réitérer une des prémisses de base de la vision traditionnelle : les règles d'exclusion de la preuve limitent la capacité du tribunal à procéder à une détermination des faits *exacte* et doivent être réduites au minimum. Cette position dite « abolitionniste » est aussi vieille que le droit de la preuve lui-même⁸¹⁰. Son plus fervent défenseur, Jeremy Bentham, est aussi le penseur ayant articulé les prémisses de la vision traditionnelle du procès :

« For Bentham, the purpose of evidence was to ensure the "rectitude of decisions", a goal not enhanced by the exclusion of evidence but rather by the admission of all

⁸⁰⁷ *Id.*, 569; J. D. JACKSON, préc., note 76, 326.

⁸⁰⁸ Voir *supra*, p. 121. Proposant que l'accusé puisse mettre en preuve une déclaration postérieure au crime relative à son état mental lors de l'infraction, voir E. SWIFT, préc., note 258; proposant que l'accusé puisse faire la preuve de la culpabilité d'un tiers sans les restrictions actuelles en droit américain, voir J. H. BLUME, S. L. JOHNSON et E. C. PAAVOLA, préc., note 258; proposant que l'accusé puisse faire plus librement une preuve de bon caractère, voir J. ROSS, préc., note 792, 270.

⁸⁰⁹ Énonçant les prémisses à la base de son raisonnement, voir E. SWIFT, préc., note 258, 983-984.

⁸¹⁰ Frederick SCHAUER, « In Defense of Rule-Based Evidence Law - and Epistemology Too », (2008) 5-3 *Episteme J. Soc. Epistemol.* 295, 296; A. STEIN, préc., note 79, p. 108; explorant l'idée d'un processus judiciaire sans règles d'exclusion, voir Michael D. RISINGER, « Inquiry, Relevance, Rules of Exclusion, and Evidentiary Reform », (2010) 75-4 *Brooklyn Law Rev.* 1349.

relevant evidence. As he put it in *Rationale*, "evidence is the basis of justice: exclude evidence, you exclude justice". He was the founder of the idea of free proof. »⁸¹¹

Cette vision traditionnelle et benthamienne de la preuve est véhiculée aujourd'hui par des philosophes tels que Goldman et Laudan dont les positions ont été discutées antérieurement⁸¹².

Les auteurs qui mobilisent la théorie narrative du procès à des fins critiques tout en conservant leur vision traditionnelle du procès semblent d'avis que l'impossibilité pour certaines histoires de pénétrer dans l'enceinte du tribunal est une incidence non envisagée d'un système judiciaire qui maintient des règles d'exclusion de la preuve sans réaliser qu'elles ont parfois pour effet de distordre sa vision de la Vérité qu'il tente de reconstruire avec exactitude. Pourtant, cette incidence des règles d'exclusion n'est pas particulièrement révélée par la théorie narrative. Elle est reconnue par la vision traditionnelle depuis ses débuts. Encore une fois, nous sommes d'avis que cette contradiction apparente entre le droit, contenant nombre de règles d'exclusion, et la prétention traditionnelle voulant que la détermination judiciaire des faits vise à atteindre la vérité-correspondance, ne fait que révéler le caractère inadéquat de la description du procès qu'offre la vision traditionnelle. Les règles de preuve étant toujours partie intégrante du système judiciaire aujourd'hui, une théorie descriptive du processus judiciaire tel qu'édicté par le droit doit être en mesure de reconnaître leur pertinence. Nous sommes d'avis qu'en mettant de côté le réflexe traditionnel voulant que la détermination judiciaire des faits vise la vérité-correspondance, la théorie narrative permet de combler l'écart entre la vision traditionnelle et la réalité de la pratique judiciaire telle que prescrite par le droit.

L'existence des règles de preuve est entièrement justifiée dans le système judiciaire révélé par la théorie narrative. Tout comme un jugement basé sur le bon sens *implique* un

⁸¹¹ S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 36, n° 1:40.10; voir J. BENTHAM, préc., note 121, p. 1.

⁸¹² Voir *supra*, p. 23. En considérant que davantage de preuves augmente les probabilités d'atteindre la vérité-correspondance, ces auteurs conçoivent les règles d'exclusion de la preuve comme des entraves à la visée épistémique du procès. Voir F. SCHAUER, préc., note 810, 297; P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 179; L. LAUDAN, préc., note 85 à la page 286 et suiv.; A. I. GOLDMAN, préc., note 82, p. 294. Laudan et Goldman s'opposent à toutes les règles d'exclusion de la preuve dont l'objectif est épistémique, c'est-à-dire qu'elles visent à augmenter l'exactitude factuelle (ex. exclusion de la preuve de caractère de l'accusé, de la preuve dont l'effet préjudiciable surpasse la valeur probante, etc.); ils excluent expressément de leurs considérations les règles d'exclusion à visée non épistémique. Voir L. LAUDAN, préc., note 85 à la page 274; A. I. GOLDMAN, préc., note 82, p. 293.

système de détermination judiciaire des faits sourd aux histoires non conformes aux représentations sociales dominantes, nous croyons que l'exigence que le jugement repose sur la seule preuve présentée lors du procès a aussi pour effet de limiter les histoires que le *juge des faits* peut entendre, considérer et retenir. Il en résulte que certaines histoires — celles dont les preuves au soutien ne sont pas connues des parties, ne sont pas physiquement disponibles ou ne peuvent pas être transmises efficacement au tribunal⁸¹³ — ne sont pas considérées par le *juge des faits* même si elles sont par ailleurs *vraies*. En restreignant davantage la preuve pouvant être présentée au procès, les règles de preuve participent à réduire encore plus les histoires pouvant être générées par les parties durant le procès et, par le fait même, celles pouvant être ultimement retenues par le *juge des faits*. Même sans entrer dans les règles particulières d'exclusion de la preuve, la notion clé de « pertinence »⁸¹⁴ en droit de la preuve et intimement liée au droit substantiel invoqué par une partie limite dès le départ les histoires présentées.

Par le biais du service de construction juridique de son procureur, une partie simplifie et réduit son histoire aux faits nécessaires pour faire la preuve des éléments essentiels requis par le droit qu'elle souhaite invoquer⁸¹⁵. Pour le procureur de la Couronne, ces éléments sont ceux de l'infraction criminelle pour laquelle un accusé est poursuivi. L'histoire incriminante est ainsi réduite à une suite de faits simples centrée sur l'*action* prohibée. Les limites temporelles aux histoires des infractions sont ainsi d'ores et déjà établies par le droit substantiel, ce que le professeur Mark Kelman appelle le « *time-framing* ». Aux fins de la théorie narrative, nous pourrions renommer le « *time-framing* » de Kelman le « *story-framing* » : l'*action* reprochée doit être au cœur de l'histoire, voire usuellement son événement déclencheur. Kim Lane Scheppelle assimile l'infraction à l'élément déclencheur (« *trouble* ») de l'histoire autour duquel les faits de l'affaire doivent graviter de façon très rapprochée dans le temps pour être jugés pertinents⁸¹⁶. Le système judiciaire étant fondé sur le principe de la

⁸¹³ Voir *supra*, 3.2.2 Une relecture narrative du processus judiciaire, p. 97.

⁸¹⁴ Voir *supra*, p. 33.

⁸¹⁵ Voir *supra*, 3.2.2 Une relecture narrative du processus judiciaire, p. 97.

⁸¹⁶ K. L. SCHEPPELE, préc., note 237, 2095; à une autre occasion, cette auteure utilise plutôt la métaphore militaire du « *ground-zero* » pour représenter l'événement clé autour duquel les faits doivent graviter pour être jugés pertinents. Voir K. L. SCHEPPELE, préc., note 482, 322.

responsabilité criminelle personnelle suivant un discours intentionaliste⁸¹⁷, ces auteurs notent que de concentrer ainsi la pertinence juridique autour du fait générateur de responsabilité permet d'éviter la question de la part du déterminisme dans la responsabilité pénale :

« [...] conduct that could be viewed as freely willed or voluntary if we looked only at the precise moment of the criminal incident is sometimes deemed involuntary because we open up the time frame to look at prior events that seem to compel or determine the defendant's conduct at the time of the incident. »⁸¹⁸

L'histoire de la vie de l'accusé plutôt que celle centrée sur l'acte prohibée aurait pour effet d'élargir la responsabilité personnelle vers une responsabilité sociale en incluant des considérations déterministes aux décisions judiciaires : « [...] *If long-term interactions are appropriate subjects of judicial scrutiny, then there is indeed no certainty in blaming.* »⁸¹⁹ Si le projet empathique des auteurs du mouvement Droit et Littérature est fondé sur des considérations louables, il n'en demeure pas moins que de suggérer d'enrichir les histoires des accusés de sorte à mobiliser leur pouvoir empathique ignore entièrement la portée normative de la circonscription dans le temps des histoires judiciarisables. Comme le démontrent ces exemples, une même histoire peut être incriminante ou disculpatoire dépendamment du « *time frame* » utilisé :

« An addict causes harm under the influence of an intoxicating drug. At the time of his harmful act he is incapable of entertaining a culpable mental state. Yet his earlier decision to ingest the drug may be considered reckless. Even this earlier decision may be exculpated, however, as part or a larger pattern of compulsive, addiction-driven behavior. Yet his state of addiction itself may perhaps be blamed on earlier voluntary acts of experimenting with drugs or forswearing regular habits. These choices may in turn be exculpated by reference to peer pressure, limited opportunity, a deprived or abusive upbringing. »⁸²⁰

Jusqu'où peut-il être pertinent de remonter dans le temps? Rappelons que les histoires n'ont pas de début ni de fin naturels⁸²¹, comme cela peut être illustré pour le cas *Mark Jensen*

⁸¹⁷ Mark KELMAN, « Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law », (1981) 33-4 *Stanford Law Rev.* 591, 598; réédité dans Mark KELMAN, « Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law », dans Joel FEINBERG et Coleman JULES (dir.), *Philosophy of Law*, 6^e éd., Belmont, Wadsworth, 2000, p. 182.

⁸¹⁸ M. KELMAN, préc., note 817, 594; voir aussi K. L. SCHEPPELE, préc., note 482, 323.

⁸¹⁹ M. KELMAN, préc., note 817, 665.

⁸²⁰ G. BINDER et R. WEISBERG, préc., note 152, p. 264-265.

⁸²¹ Voir *supra*, p. 85.

rapporté au chapitre 3 : « *Where does that story begin?: With Julie Jensen's 1998 death, with the enmity between her and Mark, with her struggle with depression, or as far back as her mysteriously troubled childhood?* »⁸²²

Les histoires ont effectivement la propriété de susciter de la compréhension et, ultimement, de l'empathie, lorsqu'elles remontent assez loin pour expliquer les causes psychologiques, voire structurelles, à la base de l'action humaine⁸²³ : « *Narratives lead the hearer toward empathy with the subject.* »⁸²⁴. Néanmoins, l'existence d'un système judiciaire rétributif suppose forcément que certaines histoires soient tues et d'autres écoutées, sans quoi, au final, nul ne serait criminellement responsable au sens où on l'entend actuellement :

« After all the dominoes have fallen, and everyone is revealed to be innocent because he himself is a victim, we come to one of two conclusions. Either no one is to blame (or maybe it is "God's fault"), a result unsatisfying to anyone with a respect for individual autonomy and agency; or, everyone is to blame (it is "society's fault"). Because, however, everyone is a part of society and so equally both victim and aggressor, victims are as much to blame for their plight as anyone else. »⁸²⁵

En élargissant le *story-frame* à une telle échelle, les notions mêmes de faute, de responsabilité criminelle personnelle et de sanction judiciaire perdent leur raison d'être. En refusant l'entrée dans l'arène judiciaire à certaines histoires, le droit empêche le *juge des faits* de devoir les considérer dans sa détermination des faits. Certains dilemmes moraux sont ainsi décidés d'avance par le législateur ou les tribunaux en empêchant qu'un *juge des faits* se retrouve aux prises avec deux positions *vraisemblables*, puisque parties de la même histoire *vraie*, mais cadrées suivant un différent *story-frame*. À titre d'exemple, le droit prévoit que le mobile d'un crime n'est généralement pas pertinent, prémunissant le *juge des faits* du choix entre l'histoire d'un vol de nourriture et celle d'un accusé dont la famille se meurt de faim⁸²⁶. Un autre exemple où le droit anticipe les dilemmes moraux irréconciliables entre plusieurs histoires *vraies* est celui des demandeurs d'asile aux États-Unis pour cause de persécution⁸²⁷. Le droit

⁸²² L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 309. Pour l'histoire de Jensen, voir *supra*, p. 63.

⁸²³ Voir *supra*, p. 68.

⁸²⁴ R. J. ALLEN, préc., note 163, 486.

⁸²⁵ K. BILZ, préc., note 256, 455 (soulignements ajoutés).

⁸²⁶ M. KELMAN, préc., note 817, 667.

⁸²⁷ K. BILZ, préc., note 256, 431.

américain prévoit que la demande d'asile doit être rejetée lorsque le demandeur a lui-même été un persécuteur. De façon récurrente, les demandeurs d'asile veulent mettre en preuve le fait qu'ils ont été contraints, au péril de leur vie, de devenir persécuteurs en ayant été recrutés comme enfants-soldats⁸²⁸. Dans l'absolu, cette histoire est certes pertinente au sens du droit positif puisque le rejet ou l'acceptation de la demande d'asile est directement lié à ce statut de persécuteur. Pourtant, les tribunaux excluent généralement cette preuve pour cause d'absence de pertinence. La professeure Bilz explique en ces termes le cas particulier du demandeur d'asile Amadu :

« Both the Immigration Judge and the Court of Appeals for the Fifth Circuit [...] adopted an exclusionary approach in this case. Neither were willing to include the [...] evidence, stating simply that according to the governing statute, "the [persecuting] alien's personal motivation is not relevant" — even if that "motivation" was to avoid his own death. They recognized that if Amadu were allowed to tell his complete story, it would surely be relevant to his petition for asylum; but being invited to tell it at all required a prior, exonerating moral evaluation of Amadu. If true, Amadu's story meant that he did not deserve to be considered a persecutor; indeed, it meant that he was more victim than victimizer. Rather than invite this, the judges agreed that he would not be allowed to tell it at all. »⁸²⁹

Comme le législateur canadien a fait le choix que le passé sexuel d'une plaignante était une histoire inadmissible au tribunal pour inférer son consentement⁸³⁰, les tribunaux américains ont fait le choix que l'histoire des causes ayant mené un demandeur d'asile à agir comme persécuteur n'était pas pertinente et donc inadmissible. Même si l'histoire de l'enfant soldat est *vraie*, elle est considérée inacceptable de sorte que le *juge des faits* n'a pas à en tenir compte. Cet exemple illustre le fait que contrairement à ce qu'avance la position abolitionniste, le tribunal n'est pas un lieu où l'inclusion de toutes les histoires mènerait forcément à un jugement plus *exact* sur le plan des faits et donc *meilleur* ou plus *juste* au sens où Bentham l'entendait :

« The normative punch of the inclusionary narrative approach depends on the idea that evidence itself can and should tell us what judgment to render. But in this instance, the reverse is true; the evaluation of Amadu's position determined the relevance of the

⁸²⁸ *Id.*, 432.

⁸²⁹ *Id.* (renvois omis; soulignements ajoutés).

⁸³⁰ Voir *supra*, p. 178.

evidence in the first place. In the Immigration Judge and Fifth Circuit Judges' interpretation, Congress made an *ex ante* decision that hearing persecutors' own stories would be illegitimate — no matter how compelling the stories are. There was no way to let the evidence itself render the moral conclusion. *Amadu's case shows that more evidence is not, morally speaking, always better, and that the choice of whether to hear a complete story at all is neither easy nor value neutral.* »⁸³¹

L'exemple d'Amadu est un cas où la jurisprudence instaure volontairement une exclusion de certaines histoires de l'enceinte du tribunal. Cela permet d'éviter que les tribunaux se retrouvent au final à trancher un dilemme moral plutôt que d'appliquer le droit sur une suite de faits simple parce que limitée dans le temps et l'espace par plusieurs facteurs, juridiques et procéduraux. La théorie narrative illumine ainsi le fait que le droit substantiel et le droit de la preuve sont tels qu'ils participent conjointement à limiter non seulement le nombre, mais aussi l'étendue des histoires en compétition.

Tout comme le recours au bon sens pour la détermination judiciaire des faits remplit une fonction sociale indéniable, la théorie narrative permet d'illustrer que certaines règles d'exclusion de la preuve remplissent aussi une telle fonction en appauvrissant les histoires en compétition dans un cas donné⁸³²: « [...] *the rules of law serve to exclude what might, but for the rules, otherwise be morally or otherwise decisionally relevant reasons* »⁸³³. Parfois, certaines histoires particulières deviennent si inacceptables pour une société donnée que le législateur prohibe expressément leur recours dans tous les cas, même si elles pourraient être vraies. C'est le cas abordé précédemment de la prohibition pour l'accusé d'enchâsser l'activité sexuelle pour laquelle une plaignante dépose une plainte d'agression dans l'histoire plus large de ses habitudes sexuelles⁸³⁴. Il est vrai que cette règle d'exclusion est considérée participer au but d'exactitude factuelle des procès, puisqu'elle vise à éviter que l'histoire vraie d'une plaignante soit systématiquement jugée peu *plausible* en raison de l'appel par l'accusé à une histoire plus conforme aux représentations sociales dominantes, quoiqu'inexacte. Néanmoins, cette règle d'exclusion vient aussi limiter le choix des histoires présentables pour un accusé d'agression sexuelle, au risque que sa propre histoire paraisse moins *vraisemblable* malgré son

⁸³¹ K. BILZ, préc., note 256, 432 (renvois omis).

⁸³² Voir K. BILZ, préc., note 256.

⁸³³ F. SCHAUER, préc., note 810, 300.

⁸³⁴ Voir *supra*, p. 178.

caractère *vrai*. Toute règle d'exclusion à visée épistémique ayant pour vocation de s'appliquer uniformément participe effectivement à augmenter l'exactitude factuelle dans certains cas, mais se retrouve en contradiction avec ce même objectif dans d'autres où l'histoire exclue était la représentation la plus fidèle de la Vérité⁸³⁵. Il est ainsi difficile d'affirmer que les règles de preuve particulières qui visent à limiter la présentation de certaines histoires à des fins épistémiques participent efficacement dans tous les dossiers à cette visée. Il est possible de croire qu'il s'agit davantage d'histoires qui ne sont plus suffisamment acceptables dans une société donnée pour pouvoir être invoquée par une partie et évaluée par le *juge des faits*.

Les histoires acceptables paraissent effectivement varier avec les valeurs d'une société. À titre d'exemple, le paradigme de l'histoire d'une provocation suffisante pour que le droit diminue la responsabilité criminelle de l'auteur d'un meurtre est passé de celle du mari cocufié au siècle dernier à celle de la femme battue, ou toute personne victimisée et abusée⁸³⁶. L'évaluation de la valeur morale d'une histoire de provocation à laquelle doit procéder un juge est bien illustrée par l'affaire américaine de l'accusé Stephen Roy Carr. Le juge du procès a refusé l'admission en preuve d'une expertise psychiatrique soulignant que Carr avait éprouvé une urgence incontrôlable de tuer deux lesbiennes considérant sa profonde homophobie causée par un historique de victimisation⁸³⁷. En excluant cette preuve sur la base de son absence de pertinence, le juge a empêché l'accusé d'invoquer la défense de provocation devant le jury :

« Carr defended at trial on grounds, inter alia, that he had shot Brenner and Wight in the heat of passion caused by the serious provocation of their nude homosexual lovemaking. In support of this defense and to show the existence of passion, Carr offered to show a history of constant rejection, by women, including his mother who may have been involved in a lesbian relationship, sexual abuse while in prison in Florida, inability to hold a job, and retreat to the mountains to avoid further rejection. This was relevant, he contended, to show that he was impassioned when provoked by the “show” put on by the women, including their nakedness, their hugging and kissing and their oral sex. The

⁸³⁵ C'est ce que souligne Burns dans R. P. BURNS, préc., note 804, 1440: « [a] price [...] is paid in the intelligibility — and so truth — of determinations of inevitably narrative accounts of human actions at trial by the mechanical application of inevitably over-generalized exclusionary rules. ».

⁸³⁶ D. M. KAHAN et M. C. NUSSBAUM, préc., note 283.

⁸³⁷ *Id.*, 272.

trial court refused to allow evidence of Carr's psychosexual history, finding it irrelevant. »⁸³⁸

La preuve que voulait offrir Carr était indéniablement pertinente pour établir l'élément psychique (*mens rea*) de l'action de tuer qui réside au cœur de sa responsabilité criminelle. La preuve de l'homophobie de Carr a néanmoins été exclue puisqu'il s'agit d'une réponse émotionnelle socialement inadmissible, contrairement, par exemple, à celle de la femme battue⁸³⁹. Il y a donc une évaluation *a priori* de la raisonnable de la provocation :

« The sight of naked women engaged in lesbian lovemaking is not adequate provocation to reduce an unlawful killing from murder to voluntary manslaughter. It is not an event which is sufficient to cause a reasonable person to become so impassioned as to be incapable of cool reflection. A reasonable person would simply have discontinued his observation and left the scene; he would not kill the lovers. »⁸⁴⁰

Il en va de même au Canada. Une provocation est « [u]ne action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser [...] »⁸⁴¹. Ce qui prive une personne « ordinaire » de son contrôle de soi est relatif aux normes et valeurs de la société contemporaine : « *The "ordinary person" element serves to ensure that only losses of self-control which comport "with contemporary society's norms and values will attract the law's compassion" [...]* »⁸⁴² L'admissibilité de l'histoire de l'accusé dépend donc de l'évaluation par le juge du procès, suivant les représentations sociales dominantes, du fait qu'une personne raisonnable — c'est-à-dire dotée de bon sens — serait provoquée dans des circonstances similaires. Le droit est particulièrement clair dans ce cas : la possibilité pour un *juge des faits* de considérer une histoire de provocation dépend de la conformité de cette histoire avec les représentations sociales dominantes. La loi prévoit que l'histoire doit être suffisamment *acceptable* pour pouvoir être invoquée au tribunal, peu importe sa *véracité*.

Contrairement aux abolitionnistes du projet empathique, il nous semble difficile de mobiliser la théorie narrative pour soutenir la prémisse fondamentalement traditionnelle

⁸³⁸ *Commonwealth v. Carr*, 580 A.2d 1362, 1363-1364 (Pa. Sup. Ct. 1990); voir aussi K. BILZ, préc., note 256, 475.

⁸³⁹ K. BILZ, préc., note 256, 475.

⁸⁴⁰ *Commonwealth v. Carr*, préc., note 838, 1364 (soulignements ajoutés).

⁸⁴¹ *Code criminel*, préc., note 37, art. 232.

⁸⁴² *R. c. Cairney*, [2013] 3 R.C.S. 420, par. 37.

voulant que les règles de preuve soient des embûches à la visée épistémique de la détermination judiciaire des faits et qu'elles devraient être abolies. Cette théorie révèle plutôt un droit de la preuve servant du moins partiellement à ce que certaines histoires soient systématiquement exclues des histoires considérées par le *juge des faits*, peu importe leur véracité⁸⁴³. Les règles particulières de preuve ne sont pas les seules à exclure une histoire ou certaines de ses parties. Le droit substantiel invoqué par une partie, le principe général de la pertinence en droit de la preuve, l'obligation que le jugement porte exclusivement sur la preuve présentée peu importe sa disponibilité et les ressources limitées d'une partie pour la mobiliser sont tous des éléments qui limitent la quantité et l'ampleur des histoires pouvant être portées à l'attention d'un *juge des faits*, sans aucun égard à la *vérité* de la preuve ainsi mise de côté. Abordées dans la perspective de la théorie narrative, les règles de preuve nous paraissent participer au mécanisme de réduction et de simplification des faits que constitue le processus judiciaire.

Pour conclure, rappelons que les auteurs de la théorie narrative qui constatent l'incapacité du processus de détermination judiciaire des faits à départager le vrai du faux proposent que la *vérité* des preuves soit déterminée en amont, lors de l'enquête policière. Ainsi, seules des preuves *exactes* seraient admises au tribunal. Pourtant, l'analyse de la façon dont les « biais » sociaux pénètrent dans les verdicts par le recours aux histoires illustre amplement que même en l'absence de toute preuve erronée, certaines histoires *vraies* sont mises de côté parce qu'elles ne sont pas *plausibles*. Même confronté à de la preuve strictement exacte, le *juge des faits* n'a pas les outils nécessaires pour mener à terme l'entreprise de détermination judiciaire des faits au sens où le requiert la vision traditionnelle, c'est-à-dire de manière à atteindre la vérité-correspondance.

La théorie narrative permet d'illustrer que la preuve présentée au procès, et donc les histoires en compétition, est limitée de multiples façons, que ce soit sa disponibilité physique au jour du procès ou le cadre restreint imposé par les éléments essentiels du droit substantiel conjugués à la notion de pertinence ou aux règles de preuve particulières applicables. Le *juge des faits* sélectionne ensuite l'histoire la plus *vraisemblable* parmi celles qui reposent

⁸⁴³ K. BILZ, préc., note 256, 431.

suffisamment sur la preuve effectivement présentée (*couverture*) en évaluant leur *plausibilité* relative suivant ses représentations sociales. Considérant l'omniprésence des représentations sociales comme filtre à ce qui peut d'abord être admis en preuve, puis ensuite retenu comme *vraisemblable*, il est difficile de continuer à parler de « biais » sociaux. La multiplicité des étapes du processus judiciaire qui impliquent le recours aux représentations sociales des différents acteurs du système pour mener au jugement permet d'émettre l'hypothèse que la détermination judiciaire des faits est un processus de jugement social des faits sur le résultat duquel le droit est ultimement appliqué.

Finalement, il est même possible que les représentations sociales jouent un troisième rôle dans le processus judiciaire. Cette étape ultérieure est celle de l'application du droit sur l'histoire retenue lorsque la norme de droit substantiel applicable est à texture ouverte. Elle implique à nouveau le recours aux représentations sociales afin d'évaluer, à titre d'exemple, si l'action de l'accusé telle que décrite dans l'histoire retenue constitue une « insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui »⁸⁴⁴, s'il a conduit un véhicule à moteur « d'une façon dangereuse pour le public »⁸⁴⁵, ou que sa réaction à un incendie « s'écart[e] de façon marquée du comportement normal qu'une personne prudente adopterait »⁸⁴⁶.

Les auteurs dont les écrits ont été rapportés dans le présent chapitre qui mobilisent la théorie narrative pour critiquer le système judiciaire n'adhèrent à la logique de cette théorie que dans une certaine mesure. Ils conservent l'idée propre à la vision traditionnelle que le procès idéal est celui où le droit est appliqué sur des faits *exacts*, où le bon sens est purgé des mythes et stéréotypes et où les règles de preuve sont réduites au minimum afin que le plus de preuves possible soient présentées au *juge des faits* de manière à maximiser sa capacité à atteindre la vérité-correspondance. Cet idéal nous semble pourtant incompatible avec le procès tel qu'il opère réellement. La théorie narrative dépeint fidèlement les implications concrètes de l'application du droit actuel dans l'enceinte judiciaire et révèle un processus de réduction de la

⁸⁴⁴ *Code criminel*, préc., note 37, art. 219(1)b).

⁸⁴⁵ *Id.*, art. 249(1)a).

⁸⁴⁶ *Id.*, art. 436(1).

complexité du réel qui n'est pas conçu pour atteindre la vérité-correspondance. La théorie narrative nous invite ainsi à reconceptualiser la vérité que la détermination judiciaire des faits vise à atteindre, sujet du prochain chapitre.

5. Changement épistémologique

5.1 — L'idéal de la vérité-correspondance

Le discours dominant est que le système judiciaire contradictoire se distingue du système inquisitoire non pas dans l'importance qu'il accorde à la recherche de la Vérité, mais plutôt dans la multiplicité des objectifs qu'il vise de façon concurrente à celle-ci⁸⁴⁷. C'est d'ailleurs la position de la Cour suprême du Canada rapportée au chapitre 1 : les entorses à une détermination exacte des faits proviennent de la conciliation entre cet objectif et d'autres, comme le respect des droits fondamentaux⁸⁴⁸. Mirjan Damaška est d'avis que ce discours est erroné et que le modèle inquisitoire est construit de manière à favoriser davantage la découverte de la Vérité que le système contradictoire⁸⁴⁹. Sans être en mesure de procéder de manière comparative, nous croyons aussi que le système contradictoire n'est pas construit de manière à favoriser autant l'atteinte de la vérité-correspondance que son discours traditionnel le prétend. Même en circonscrivant notre analyse au processus de détermination judiciaire des faits, le seul ayant exclusivement une visée épistémique au sein du système judiciaire, la théorie narrative met particulièrement bien en lumière le fait qu'il ne procède pas de sorte à permettre la vérification de la correspondance entre les faits débattus au procès et la Vérité.

Plusieurs auteurs et praticiens ont déjà relevé, à leur façon et suivant leur discipline, l'incapacité du procès tel qu'existant à permettre une reconstruction exacte des faits contestés par le *juge des faits* : « *It should be noted [...] that judges, lawyers, and legal scholars recognize the inherent weakness of using adversarial system of criminal justice in the*

⁸⁴⁷ M. R. DAMASKA, préc., note 409, 580; M. R. DAMASKA, préc., note 104, p. 124; le système contradictoire est ainsi qualifié de pluraliste. Voir Donald A. DRIPPS, « The Substance-Procedure Relationship in Criminal Law », dans Anthony DUFF et Stuart GREEN (dir.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, coll. Oxford Scholarship Online, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 409.

⁸⁴⁸ Voir *supra*, p. 19.

⁸⁴⁹ M. R. DAMASKA, préc., note 409, 580; l'auteur relève plusieurs caractéristiques des procès inquisitoires et contradictoires qui illustrent cette différence, tout en spécifiant que cela ne veut pas dire que l'inquisitoire est de ce fait plus *apte* à atteindre cette vérité. Voir *Id.*, 588.

search of truth. »⁸⁵⁰ Le réaliste Jerome Frank était d'avis que le procès ressemblait davantage à un jeu où chaque partie cherchait à gagner qu'à un processus permettant d'atteindre la vérité-correspondance⁸⁵¹. Dans le cadre de la théorie narrative du procès, ce jeu se précise comme celui d'un concours entre différentes histoires⁸⁵².

La vision traditionnelle du procès menant à une détermination des faits *exacte* a tenu le temps où les études empiriques et la révolution ADN n'étaient pas là pour révéler l'important écart entre cette théorie et la réalité de la pratique. Maintenant que le caractère inadéquat de la vision traditionnelle est indéniable, que faire? Parmi les hypothèses proposées, Damaška suggère de remplacer l'objectif traditionnel de la détermination judiciaire des faits de recherche de la Vérité par celui de la résolution des disputes⁸⁵³. Suivant cette perspective, le respect des droits procéduraux des parties lors du procès revêt une valeur plus grande que l'exactitude de la détermination judiciaire des faits qui en résulte : « [...] *the process of discovering the truth is more important than the truth itself.* »⁸⁵⁴

Tout un pan de la littérature traite ainsi d'une conception de la justice ou de la vérité qui serait « procédurale » plutôt que « substantielle »⁸⁵⁵. Cette vision du système judiciaire contradictoire repose sur la prémisse que de toute façon, la vérité-correspondance

⁸⁵⁰ F. P. HOSKINS, préc., note 115 à la page 198; voir aussi M. R. DAMASKA, préc., note 104, p. 95 et 101; Marvin E. FRANKEL, « The Search for Truth: An Umpireal View », (1975) 123-5 *Univ. Pa. Law Rev.* 1031; J. FRANK, préc., note 59; après avoir répertorié la littérature pertinente, Ho conclut qu'il existe de nombreuses difficultés à prétendre que le procès, dans sa forme contradictoire actuelle, vise la vérité. Il adopte d'ailleurs cette prémisse pour le développement de sa propre thèse par la suite. Voir H. L. HO, préc., note 89, p. 63; Goodpaster relève que pour toute enquête sur la cause d'un accident ou d'un désastre, personne ne songerait à recourir à la méthode contradictoire pour établir les faits à sa source. Voir G. GOODPASTER, préc., note 299, 122; au même effet, voir D. K. BROWN, préc., note 23, 1609.

⁸⁵¹ Voir par exemple J. FRANK, préc., note 59, p. 102; J. FRANK et B. FRANK, préc., note 51, p. 34.

⁸⁵² G. GOODPASTER, préc., note 299, 120.

⁸⁵³ M. R. DAMASKA, préc., note 104, p. 110 et suiv.; M. R. DAMASKA, préc., note 409, 581.

⁸⁵⁴ D. C. PERRIER, préc., note 118 aux pages 5-6.

⁸⁵⁵ Le modèle procéduraliste est parfois appelé « *Due Process Model* ». Voir D. SIMON, préc., note 35, 205; Grande compare la « vérité interprétative » (*interpretive truth*) en common law à la « vérité ontologique » (*ontological truth*) du système continental. Voir Elisabetta GRANDE, « Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth », dans John JACKSON, Máximo LANGER et Peter TILLERS (dir.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 145 à la page 148.

sur ce qui s'est produit est probablement impossible à atteindre⁸⁵⁶. Poussée à l'extrême, elle suggère que l'équité des procédures judiciaires pourrait fonder entièrement la légitimité des verdicts qui en résultent : « *To the extent that substantive truth is regarded as elusive, the fairness of proceedings becomes the main foundation of the verdict's legitimacy, and any result that has been found in conformity with procedural rules becomes acceptable.* »⁸⁵⁷

La conception procéduraliste de la détermination judiciaire des faits permet de justifier aisément les difficultés de ce processus à reconstituer avec exactitude les faits : ce n'est simplement pas son objectif. Son véritable but est de résoudre des disputes d'une façon juste et équitable :

« Our courts provide a forum for the purpose of resolving dispute between parties which they themselves have been unable to resolve in any other way. Our modern form of trial began simply as a substitute for private duels and feuds which had later been dignified by the process of trial by battle. The resolution of the conflict must be done in a way which ensures social tranquility generally and is also acceptable to the individual parties. The parties should be able to leave the court feeling that they have had their say, that their case has been presented in the best possible light and that they have been judged by an impartial trier. »⁸⁵⁸

Si l'exactitude factuelle n'est plus l'unique but du processus de détermination judiciaire des faits sous le modèle procéduraliste, la question de l'écart entre la *vraisemblance* des faits retenus par le *juge des faits* et leur véracité n'est plus problématique. La théorie narrative du procès ne révèle donc pas de failles au discours procéduraliste comme elle le fait pour la vision traditionnelle : « [...] *problematic relationships of stories with historical realities do not really count in proceduralism, as such historical [...] realities per se are irrelevant in principle.* »⁸⁵⁹

La vision procéduraliste permet d'expliquer certains éléments du système de justice dans son ensemble mieux que la vision traditionnelle. C'est le cas du recours élargi au

⁸⁵⁶ E. GRANDE, préc., note 855 à la page 152; G. GOODPASTER, préc., note 299, 125.

⁸⁵⁷ T. WEIGEND, préc., note 66, 168 (renvois omis).

⁸⁵⁸ D. STUART et T. QUIGLEY, préc., note 300, p. 581; voir aussi H. KAPTEIN, préc., note 570 à la page 196; Daniel GIVELBER, « The Adversary System and Historical Accuracy : Can We Do Better ? », dans Sandra D. WESTERVELT et John A. HUMPHREY (dir.), *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001, p. 253 aux pages 256-258.

⁸⁵⁹ H. KAPTEIN, préc., note 570 à la page 213; voir aussi R. GRUNEWALD, préc., note 188, 377.

plaidoyer de culpabilité⁸⁶⁰, de la possibilité pour les parties de s'entendre sur des faits⁸⁶¹, la constitutionnalité de certains droits procéduraux de l'accusé dans un système où il n'existe aucun droit à être jugé sur des faits exacts⁸⁶², ainsi que de la norme d'intervention des tribunaux supérieurs limitée principalement aux erreurs de droit substantiel et de droit procédural⁸⁶³.

Néanmoins, nous sommes d'avis que cette vision procéduraliste ne permet pas d'expliquer nombre d'autres éléments⁸⁶⁴, particulièrement en ce qui a trait au processus de détermination judiciaire des faits. Renoncer à ce que la recherche de la Vérité soit l'unique objectif du *juge des faits* aurait pour conséquence d'imposer un changement de droit positif ou la perte de justification pour le droit actuel puisqu'il commande au *juge des faits* de déterminer la vérité sur « ce qui est arrivé »⁸⁶⁵. Un autre inconvénient de l'abandon de cet objectif est la perte de justification théorique pour l'ensemble des règles de preuve à visée épistémique. S'il est tout à fait possible que la résolution des disputes soit un des multiples objectifs que poursuit simultanément le procès et, plus largement, le système judiciaire dans son ensemble, nous sommes d'avis que l'abandon de la recherche de la Vérité comme unique objectif du processus de détermination judiciaire des faits est une avenue indésirable pour des questions de légitimité institutionnelle⁸⁶⁶. Nous ne croyons pas que le respect des droits procéduraux des parties soit suffisant en lui-même pour conférer de la légitimité à un verdict fondé sur des faits qui n'ont pas été sélectionnés par le *juge des faits* parce qu'il les croyait représentatifs de la

⁸⁶⁰ D. K. BROWN, préc., note 23, 1610.

⁸⁶¹ E. GRANDE, préc., note 855 à la page 146.

⁸⁶² D. SIMON, préc., note 35, 204.

⁸⁶³ E. GRANDE, préc., note 855 à la page 159; considérant les limites de la révision en appel des erreurs de faits et l'importance accordée aux erreurs de droit, Jerome Frank compare le procès criminel contradictoire à un événement sportif: une condamnation est un gain pour l'État qui n'est mis de côté que s'il y a eu un manquement aux règles du jeu, peu importe la culpabilité réelle de l'accusé. Voir J. FRANK et B. FRANK, préc., note 51, p. 34.

⁸⁶⁴ Comme le souligne Goodpaster, si les droits procéduraux confèrent aux parties un sentiment d'équité et une plus grande acceptation de l'issue du procès, une autre forme de procès que le procès contradictoire actuel pourrait être tout aussi équitable. Nous sommes aussi de cet avis: le procéduralisme ne permet pas de justifier le procès contradictoire en lui-même. Voir G. GOODPASTER, préc., note 299, 125.

⁸⁶⁵ Voir *supra*, p. 81 et *infra*, p. 224.

⁸⁶⁶ Voir à titre d'exemples C. R. HUFF, préc., note 15 à la page 69; L. LAUDAN, préc., note 85, p. 2; T. WEIGEND, préc., note 66, 157; J. B. BARON et J. EPSTEIN, préc., note 146, 185.

Vérité. Historiquement, le procès criminel a toujours servi à établir la vérité sur un crime⁸⁶⁷. À ce propos, la juge L'Heureux-Dubé estimait sans équivoque qu'un divorce entre les faits judiciaires et la réalité extérieure entraînerait la perte de confiance du public dans l'administration de la justice :

« One cannot over-emphasize the commitment of courts of justice to the ascertainment of the truth. The just determination of guilt or innocence is a fundamental underpinning of the administration of criminal justice. The ends of the criminal process would be defeated if trials were allowed to proceed on assumptions divorced from reality. If a careless disregard for the truth prevailed in the courtrooms, the public trust in the judicial function, the law and the administration of justice would disappear. »⁸⁶⁸

Si l'abandon du paradigme de la détermination judiciaire des faits comme d'un processus ayant pour but unique de rechercher la Vérité n'est pas souhaitable, sa forme traditionnelle voulant qu'il soit en mesure d'atteindre la vérité-correspondance soulève néanmoins trop d'incohérences pour ne pas être révisée⁸⁶⁹. Nous croyons qu'il est possible de redéfinir le type de vérité judiciaire atteignable par le *juge des faits* de manière à ce que ce paradigme demeure conforme au droit positif, qu'il continue à justifier les procédures et les règles de preuve actuelles à visée épistémique, tout en diminuant l'écart entre le discours théorique et la pratique judiciaire. Cela n'implique aucun changement dans le droit ou dans l'application de ce dernier. Au contraire, ce changement permettrait simplement d'arrimer la théorie à ce qui survient réellement lorsque le droit est appliqué.

5.2 — De la vérité-correspondance vers la vérité-cohérence

Le procès criminel a toujours servi des fonctions épistémiques. Avant l'avènement de sa forme moderne actuelle, ce sont les procès par ordalies ou par duel par lesquels la Vérité sur la culpabilité ou l'innocence des accusés était recherchée⁸⁷⁰. Ces processus de recherche de la Vérité étaient fondés sur des prémisses de nature théologique, par exemple que Dieu allait

⁸⁶⁷ Voir *infra*, 5.2 — De la vérité-correspondance vers la vérité-cohérence.

⁸⁶⁸ *R. c. Howard*, préc., note 64 (j. L'Heureux-Dubé, motifs dissidents) (soulignements ajoutés).

⁸⁶⁹ Sur le fait qu'un paradigme problématique doit être révisé, voir J. D. JACKSON, préc., note 61, 515.

⁸⁷⁰ En cela, ils remplissaient aussi une fonction épistémique. Voir H. L. HO, « The Legitimacy of Medieval Proof », (2004) 19-2 *J. Law Relig.* 259; sur les moyens de preuve avant le procès moderne, voir les extraits rapportés dans P. MURPHY, préc., note 162, p. 556-570.

s'assurer que l'innocent guérisse proprement ou qu'il gagne son duel⁸⁷¹. Ce type de procès a aujourd'hui perdu son fondement épistémologique parce que les prémisses sur lesquelles il reposait ne sont plus largement acceptées⁸⁷². Dans le procès anglo-saxon moderne, la détermination de la vérité judiciaire se fait plutôt par *présentation de preuves*, ce qui n'était pas le cas auparavant :

« [...] for a remarkably long time the main methods by which disputed questions of fact were dealt with did no require a system of evidence; the early methods of ordeal, battle and compurgation and the emerging jury did not require decisions by tribunals that had no first-hand knowledge of the alleged facts. »⁸⁷³

Tout comme les procès par ordalie ou duel étaient fondés sur des prémisses théologiques, la recherche de la Vérité à partir de la preuve présentée lors d'un procès repose aussi sur certaines prémisses, notamment celles voulant qu'une preuve puisse être meilleure ou pire qu'une autre et que plus une proposition est supportée par la preuve, plus elle ait de chances d'être vraie :

« [...] modern evidentiary procedures (in both common-law and civil-law jurisdictions) presuppose that evidence may be objectively better, or worse; that the better a claim is warranted by the evidence, the likelier it is to be true; and that these or those legal rules and procedures are good-enough ways of ensuring that verdicts are factually sound. »⁸⁷⁴

Ces prémisses sous-tendent le procès criminel anglo-saxon par présentation de preuves tel qu'il existe et fonctionne aujourd'hui. Si certaines preuves sont meilleures que d'autres, c'est parce qu'elles sont considérées représenter plus fidèlement la Vérité que les autres. Tout processus de recherche de la Vérité basé sur de telles prémisses suppose donc qu'au moins une partie de la preuve présentée constitue *toujours* un fragment suffisamment représentatif de la réalité extérieure pour que le *juge des faits* s'y fie. Le droit est cohérent avec cette prémisse puisqu'il intime au *juge des faits* de rechercher la Vérité sur la base de la seule preuve présentée. Il sous-entend donc que la vérité judiciaire peut être déterminée à partir de la preuve présentée.

⁸⁷¹ S. HAACK, préc., note 90, p. 2; H. L. HO, préc., note 870, 261; C. BOYLE, M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, préc., note 124, p. 391.

⁸⁷² S. HAACK, préc., note 90, p. 3.

⁸⁷³ W. TWINING, préc., note 59, p. 37 (soulignements ajoutés); voir aussi B. D. WILLISTON, préc., note 127 à la page 230; S. HAACK, préc., note 90, p. 3; H. L. HO, préc., note 870, 279.

⁸⁷⁴ S. HAACK, préc., note 90, p. 4.

La vision traditionnelle du procès ne permet pas d'expliquer en quoi le droit met en place un processus de détermination judiciaire des faits qui respecte la seconde prémisse, c'est-à-dire que plus une proposition est supportée par la preuve, plus elle ait de chances d'être vraie. La théorie narrative a l'avantage d'illustrer en quoi le droit positif qui stipule que le jugement sur les faits doit reposer sur la preuve présentée et le bon sens instaure effectivement un système judiciaire de recherche de la Vérité par présentations de preuve conforme et cohérent avec les prémisses d'un tel système. Ainsi, nous ne remettons en question aucune des prémisses à la base du procès criminel anglo-saxon par présentations de preuve. Nous croyons simplement que la théorie narrative du procès permet de comprendre le fondement épistémologique sur lequel repose le droit régissant la détermination judiciaire des faits, ce qu'est incapable de faire la vision traditionnelle. Cela démontre et explique à la fois la supériorité théorique de la théorie narrative. En théorisant un processus de manière à mettre en relief et expliquer ses prémisses fondatrices, la théorie narrative dépeint plus fidèlement ce processus et explique mieux le droit qui l'instaure que son pendant traditionnel.

La vision traditionnelle du procès reconnaît la première prémisse. Elle tient effectivement pour acquis que la preuve présentée lors d'un procès est une représentation fidèle de la réalité extérieure. Elle suppose qu'un raisonnement par induction⁸⁷⁵, à partir de chacun des éléments de preuve, permet à n'importe quel *juge des faits* d'arriver à la même conclusion :

« The characteristic mode of reasoning, according to Twining, is inductive by which one starts with basic data and moves by way of inductive generalization towards a probable conclusion. This inductive method of proof which has had a profound impact on many disciplines including science, history and the social sciences has been accompanied by an optimistic rationalism according to which individuals can make their own enquiries about the world and that every normal unbiased person will come to the same conclusion given the same data [...] »⁸⁷⁶

⁸⁷⁵ Rappelons que les inférences peuvent essentiellement être tirées par un raisonnement inductif, déductif ou abductif. La théorie explicative de la preuve suggère un raisonnement par abduction plutôt que par induction. Voir *supra*, p. 128.

⁸⁷⁶ J. D. JACKSON, préc., note 76, 314 (soulignements ajoutés). Rappelons que les tenants de la vision traditionnelle admettent que cette description n'est pas toujours conforme à ce qui se produit en pratique en raison de la faillibilité humaine. Ils estiment néanmoins qu'en l'absence d'erreurs dans un cas particulier, cette description est exacte.

En fait, suivant la vision traditionnelle du procès, la preuve retenue par le *juge des faits* est représentative de la réalité à un point tel qu'elle lui permet d'atteindre la vérité-correspondance⁸⁷⁷. La conception traditionnelle du procès est donc cohérente avec la première prémisse du système qu'elle dépeint.

C'est la seconde prémisse qui est au cœur de la contradiction majeure entre le processus de détermination judiciaire des faits tel que prescrit par le droit et le discours traditionnel. À moins d'assumer que *toute* la preuve présentée par les parties est *toujours* représentative de la Vérité — ce qui n'est aucunement prétendu par les tenants de la vision traditionnelle — la prémisse « plus une proposition explique la preuve, plus elle a de chances d'être vraie » est difficilement réconciliable avec l'idée que le processus judiciaire permet au *juge des faits* d'atteindre la vérité-correspondance. Cette prémisse suppose une évaluation du caractère vrai d'une proposition suivant un critère de *cohérence* entre les preuves présentées au procès. Elle fait appel à une mesure de la véracité d'une proposition non pas selon sa correspondance dans la réalité, mais plutôt suivant sa cohérence dans un système donné⁸⁷⁸, ce qui est la définition même de « vérité-cohérence »⁸⁷⁹.

L'attente traditionnelle qui repose sur le *juge des faits* est qu'il identifie les faits qui représentent fidèlement la Vérité sur ce qui est arrivé :

« Adjudicators are expected to accept a story as true when it is amply supported by items of evidence relating to the facts of the case. And what these small foot soldiers of verity are expected to achieve is to establish that a match exists between factual propositions woven into the fabric of a story and the way the world really is. »⁸⁸⁰

Pourtant, le *juge des faits* doit déterminer les faits sans enquêter sur la correspondance entre les preuves présentées et la Vérité, en évaluant le mérite des faits avancés par les parties suivant son bon sens, c'est-à-dire son opinion sur ce qui survient généralement :

⁸⁷⁷ La vision traditionnelle conçoit l'incertitude sur les faits — justifiant le recours à une détermination judiciaire des faits — comme le résultat du caractère forcément incomplet de la preuve présentée au procès par rapport aux circonstances idéales où l'entière de la preuve permettrait de recréer parfaitement la réalité. Voir *Id.*

⁸⁷⁸ Z. BANKOWSKI, préc., note 82 à la page 227.

⁸⁷⁹ Voir *supra*, p. 28.

⁸⁸⁰ M. R. DAMASKA, préc., note 66, 291-292 (soulignements ajoutés).

« The trier of fact then has regard to what the witness says and, based on her observations of what the witness said and of his manner of saying it, she comes to her own opinion as to whether that is an honest belief. She can do no more. She cannot, as the scientist might, duplicate in his laboratory the actual facts and test the hypothesis proposed. Facts as found by court are really then only guesses about the actual facts. »⁸⁸¹

Si l'atteinte de la vérité-correspondance est ce qui est traditionnellement *attendu* du *juge des faits*, le seul outil qui lui est accordé par le droit pour ce faire est son bon sens :

« Judges do not have crystal balls nor do they have any unique insight into the hearts and minds of witnesses. They cannot act as detectives. In the end they must use logic, common sense, and their own knowledge of human behaviour to apply the "time honored" means to determine whether an allegation has been proven to the standard that is the only one acceptable in criminal law, that being proof "beyond a reasonable doubt", the golden thread that weaves its way through our criminal law. »⁸⁸²

Comme nous l'avons illustré précédemment en ayant recours à la théorie narrative, le bon sens ne permet pas au *juge des faits* de départager la preuve qui est une représentation exacte de la Vérité de celle qui ne l'est pas.

Nous postulons que l'outil que le droit confère au *juge des faits* pour déterminer la vérité judiciaire parmi la preuve présentée, le bon sens, lui permet d'évaluer uniquement la cohérence d'une preuve donnée avec le reste de la preuve présentée. Cette évaluation de la véracité de la preuve suivant sa *cohérence* avec le reste de la preuve est d'ailleurs confirmée par certaines affirmations de la doctrine traditionnelle, notamment celle voulant que le meilleur test de véracité pour un élément de preuve est son harmonie avec le reste de la preuve : « *The most satisfactory judicial test of truth lies in its harmony (or lack of harmony) with the preponderance of probabilities disclosed by the facts and circumstances in the conditions of the particular case.* »⁸⁸³ Rappelons que le droit positif stipule que le *juge des faits* doit considérer *toute* la preuve présentée et qu'il n'a pas le droit de considérer *autre chose* que la preuve présentée⁸⁸⁴. Tel qu'édicté par le droit positif actuel, le processus de détermination judiciaire des faits est un processus qui a pour unique but de rechercher la

⁸⁸¹ D. STUART et T. QUIGLEY, préc., note 300, p. 580 (soulignements ajoutés).

⁸⁸² A. T. TUFTS, préc., note 136 à la page 662 (renvois omis et soulignements ajoutés).

⁸⁸³ A. E. POPPLE, préc., note 112, p. 56.

⁸⁸⁴ Voir *supra*, p. 160.

Vérité, mais qui n'est pas habileté à atteindre autre chose que la vérité judiciaire suivant un critère de cohérence parmi *la preuve présentée*.

À la différence de la vision traditionnelle, la théorie narrative reconnaît que le *juge des faits* décide de la véracité de la preuve présentée suivant des critères de cohérence puisque le bon sens ne lui permet aucunement d'évaluer la correspondance de cette preuve dans la réalité extérieure :

« Some writers outside the mainstream of the new evidence scholarship have gone further and advocated a narrative coherence theory of truth which appears to strike at the heart of the correspondence theory of truth. Bennett and Feldman have argued that the construction of truth within the courtroom is primarily a matter of overall plausibility of the story told, plausibility being assessed by comparing the contents of the story told with other stories which form the stock of social knowledge of the jury. »⁸⁸⁵

La théorie narrative reconnaît expressément que la seconde prémisse, « plus une proposition explique la preuve, plus elle a de chances d'être vraie », est fondamentale au processus de détermination judiciaire des faits : une proposition (histoire) a plus de chances d'être vraie (plus *vraisemblable*) lorsqu'elle est la meilleure explication (*plausibilité*) du maximum de preuves (*couverture*)⁸⁸⁶. La preuve retenue est celle qui est cohérente avec les autres preuves présentées et avec les représentations sociales du *juge des faits*, puisqu'elle s'inscrit et soutient l'histoire la plus *vraisemblable* au procès — ou, autrement dit, la plus *plausible* qui émane de l'ensemble de la preuve (*couverture*). Par opposition, la preuve qui ne s'inscrit pas dans cette histoire, soit parce qu'elle est rejetée d'emblée et n'a donc pas servi à la fonder, soit parce qu'elle entre en contradiction avec l'histoire retenue, est mise de côté. Le procès étant un système fermé, c'est donc une vérité-cohérence sur la preuve qui y est présentée qui peut être atteinte par le *juge des faits*. En concevant que cette preuve revêt globalement la forme d'une histoire, McCormick, précurseur de la théorie narrative du procès, avançait déjà en 1984 que la véracité des faits dans un procès contradictoire était déterminée selon la « cohérence narrative » de la preuve présentée :

⁸⁸⁵ J. D. JACKSON, préc., note 76, 320 (soulignements ajoutés).

⁸⁸⁶ Les critères permettant d'identifier la meilleure explication de la preuve correspondent aux critères de la vraisemblance d'une histoire de la théorie narrative du procès. Voir *supra*, p. 129.

« “Narrative coherence” is my name for a test of truth or probability in questions of fact and evidence upon which direct proof by immediate observation is unavoidable. Since almost all legal disputes, trials and litigations concern past facts and events, and since no past facts or events are susceptible of direct proof by immediate observation, narrative coherence is a test of great, indeed central, importance in the justification of legal decisions. »⁸⁸⁷

Ainsi, le bon sens du *juge des faits* lui permet d'évaluer la cohérence narrative de la preuve présentée, en tenant pour acquis que suffisamment de la preuve présentée est représentative de la Vérité pour que l'évaluation de la cohérence narrative générale de ces preuves lui permette d'identifier et de mettre de côté celles qui ne le sont pas.

La supériorité descriptive de la théorie narrative par rapport à la vision traditionnelle réside notamment dans le fait que la première reconnaît explicitement la seconde prémisse qui sous-tend tout procès par présentation de preuves alors que la seconde la nie. Il est relativement compréhensible que la vision traditionnelle ne dépeint pas le procès comme reposant sur cette seconde prémisse : elle rend intenable sa prétention voulant qu'il soit construit de manière à permettre au *juge des faits* d'atteindre la vérité-correspondance. Cette prémisse vient aussi distinguer fondamentalement la recherche de la Vérité par un processus judiciaire de celle menée par un processus scientifique. Rappelons que la démarche scientifique est un idéal à l'époque où la vision traditionnelle du procès se forge. Dans les processus scientifiques et judiciaires, des hypothèses visant à expliquer le lien entre plusieurs faits (dont témoignent des preuves) sont initialement générées par inférence à la meilleure explication. Dans le processus scientifique, une fois que l'hypothèse expliquant le mieux les preuves récoltées est identifiée, le bien-fondé de cette hypothèse dans la réalité est *contre-vérifié* en isolant et en manipulant les faits de manière à évaluer leur impact respectif dans l'explication et, ainsi, la validité de l'hypothèse⁸⁸⁸. À la distinction du processus

⁸⁸⁷ Neil MACCORMICK, « Coherence in Legal Justification », dans Werner KRAWIETZ, Helmut SCHELSKY, Günther WINKLER et Alfred SCHRAMM (dir.), *Theorie der Normen: Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, p. 37 à la page 48; voir aussi *Id.* à la page 52: « [narrative coherence] provides a test as to the truth or probable truth of propositions about unperceived things or events. The test is the explicability of the tested proposition within the same scheme of explanation as explains propositions considered true on the basis of perception. ».

⁸⁸⁸ H. KAPTEIN, préc., note 570 à la page 200.

scientifique⁸⁸⁹, l'hypothèse générée par inférence à la meilleure explication des preuves dans le processus judiciaire est une hypothèse qui vise à expliquer un événement passé tel qu'il s'est déroulé lors d'une occasion unique. L'enquête judiciaire n'a aucun intérêt à vérifier si le crime surviendrait à nouveau dans des circonstances similaires et ne s'intéresse qu'à expliquer comment cet événement particulier s'est déroulé à ce moment particulier. Considérant ces champs d'intérêt et objectifs distincts, l'étape scientifique ultérieure de corroboration, vérification ou réfutation des hypothèses générées initialement ne survient à aucun moment dans le processus judiciaire⁸⁹⁰. C'est d'ailleurs ce qui explique qu'une preuve erronée peut traverser les étapes judiciaires sans être remarquée, d'où les suggestions des auteurs pour resserrer les procédures de vérification de la véracité des preuves *avant* le procès.

Nous devons toutefois nuancer notre propos. Si une fois la preuve présentée, la vérité judiciaire pouvant être atteinte par le *juge des faits* est une vérité-cohérence, nous ne croyons pas que cela permet de sauter à la conclusion que la vérité atteinte par le processus de détermination judiciaire des faits est une pure vérité-cohérence. Cette affirmation mérite d'être tempérée, puisque la preuve présentée au tribunal parmi laquelle se fera la recherche de cohérence narrative provient de la réalité extérieure. Quoique ces preuves sont sélectionnées sous d'importantes contraintes⁸⁹¹, leur existence en elle-même permet de soutenir qu'au moins une partie d'entre elles représentent un fragment de la réalité extérieure. Il s'agit d'ailleurs de la première prémisse sur laquelle repose un système judiciaire de recherche de la Vérité par présentation de preuves : certaines preuves sont meilleures que d'autres parce qu'elles représentent plus fidèlement la Vérité que les autres. Il est par ailleurs logique que cette prémisse soit inhérente à tout système judiciaire par présentation de preuves puisqu'aucun processus ne pourrait être basé sur de la preuve et prétendre être à visée épistémique sans supposer qu'au moins une partie de cette preuve constitue un fragment suffisamment représentatif de Vérité pour permettre à ce processus de la rechercher.

⁸⁸⁹ *Id.*; sur certaines différences fondamentales entre l'entreprise scientifique et judiciaire, voir S. HAACK, préc., note 90, p. 79.

⁸⁹⁰ Voir *supra*, p. 150.

⁸⁹¹ Voir *supra*, 3.2.2 Une relecture narrative du processus judiciaire, p. 97.

Puisque les preuves présentées au procès correspondent au moins partiellement avec la réalité extérieure, la vérité-cohérence identifiée parmi ces preuves par le *juge des faits* ne peut pas être entièrement détachée de la réalité. Si le système de détermination judiciaire des faits ne permet pas d'établir la véracité des hypothèses soulevées par les parties suivant leur correspondance avec la Vérité, ces hypothèses ne sont pas non plus entièrement autonomes par rapport à cette Vérité puisqu'elles doivent reposer sur de la preuve qui, du moins en partie, la représente fidèlement. En faisant reposer son activité sur la présentation de preuves témoignant de faits ayant eu lieu dans la réalité extérieure, le système judiciaire n'est pas entièrement refermé sur lui-même et la vérité judiciaire qu'il détermine ne peut pas se retrouver intégralement détachée de la Vérité qu'il recherche. Cela lui permet d'éviter la crise de légitimité formulée par la juge L'Heureux-Dubé⁸⁹² qu'engendrerait un système qui permettrait d'atteindre une vérité-cohérence pure pouvant n'avoir aucun lien avec la réalité.

Ainsi, la première prémisse sur laquelle repose notre système judiciaire de recherche de la Vérité par présentation de preuves ancre la détermination judiciaire des faits dans la réalité et invite à qualifier la vérité judiciaire pouvant être atteinte de vérité-correspondance. Elle est cristallisée dans le droit par la prescription qui intime au *juge des faits* de rendre jugement uniquement à partir de la preuve présentée. La seconde prémisse, pour sa part, est cohérentiste dans son essence et invite à qualifier la vérité judiciaire pouvant être atteinte de vérité-cohérence. Le droit l'incorpore en offrant au *juge des faits* le bon sens comme seul outil pour décider des faits à partir de la preuve présentée. Conformément à tout système judiciaire de recherche de la Vérité par présentation de preuves qui respecte de façon simultanée ces deux prémisses, nous sommes d'avis que le droit canadien a institué un processus de détermination judiciaire des faits habilité à déterminer une vérité judiciaire *hybride*, à mi-chemin entre la vérité-cohérence et la vérité-correspondance. Aux fins du présent mémoire, cette vérité hybride sera désignée par l'expression « vérité-systémique » :

⁸⁹² Voir *supra*, p. 203.

Tableau II. Position épistémologique de la vision traditionnelle du procès et de la théorie narrative du procès sur la détermination judiciaire des faits suivant le droit

Le droit en matière de détermination judiciaire des faits	Position épistémologique	
	<i>Vision traditionnelle</i>	<i>Théorie narrative</i>
La preuve présentée	La preuve présentée est représentative de la Vérité	La preuve présentée est représentative de la Vérité
+	+	+
Le bon sens	Le bon sens permet des généralisations objectives à partir de chacun des éléments de preuve (raisonnement inductif)	Les représentations sociales permettent l'évaluation de la cohérence narrative de l'ensemble de la preuve présentée (raisonnement abductif)
=	=	=
La vérité judiciaire sur les faits	La vérité judiciaire atteinte par un tel processus est la <u>vérité-correspondance</u>	La vérité judiciaire atteinte par un tel processus est une <u>vérité systémique</u> (vérité-cohérence interne à la preuve présentée au procès, celle-ci étant néanmoins représentative de la Vérité)

Cela ne change rien au fait que le but du processus de détermination judiciaire des faits est la recherche de la Vérité puisqu'il s'agit dans tous les cas d'un processus à visée épistémique. Notre position est qu'à l'issue de cette recherche de la Vérité, le processus de détermination judiciaire des faits tel que constitué par le droit n'est pas habilité à déterminer la vérité-correspondance, mais plutôt une vérité-système. Il est néanmoins possible que cette vérité-système soit conforme à la Vérité. Considérant que la preuve provient de la réalité extérieure, il est possible que l'histoire la plus *vraisemblable* soit aussi la plus *vraie*. Ainsi, le fait que le processus soit *habilité* à déterminer une vérité-système plutôt que la vérité-correspondance n'exclue pas la possibilité qu'il s'agisse d'un moyen efficace, voire même le plus efficace, pour construire judiciairement une représentation fidèle de la Vérité :

« For one can say that coherence works because it is the only procedure for such proofs that cannot be checked by observation and we find that our general knowledge of the world and the way in which it works shows that if events fit in this way then they are likely to correspond to reality. »⁸⁹³

Cette idée que la détermination judiciaire des faits vise une vérité hybride a aussi été avancée par Bankowski qui, sans s'identifier comme un tenant de la théorie narrative du procès, a présenté le procès contradictoire comme un outil visant à tester la cohérence des histoires en compétition⁸⁹⁴. En dehors de la théorie narrative, le fait que la détermination judiciaire des faits atteint une vérité qui s'éloigne de la vérité-correspondance pour s'approcher de la vérité-cohérence est aussi avancé par tous les philosophes consultés qui ont limité leur étude de la visée épistémique du processus judiciaire à celle de la détermination judiciaire des faits. Ceux-ci se retrouvent inévitablement à évaluer la valeur épistémique du jugement sur les faits, c'est-à-dire son caractère vrai, *suivant sa conformité à la preuve présentée* :

« Even if the adversarial features highlighted above show the system to be half-hearted in its pursuit of truth, the fact-finder is committed to that pursuit. When all the evidence is in and all has been said, she must decide the case. Her duty then is to deliberate a true verdict according to the evidence. Broadly speaking, trial deliberation aims at true findings that can be justified on evidence. »⁸⁹⁵

Partant du principe fondamental que la connaissance véritable est une « croyance qui soit à la fois vraie et justifiée »⁸⁹⁶ et considérant l'impossibilité de vérifier le caractère *vrai* des faits décidés lors d'un procès (l'incertitude factuelle étant justement la raison du recours à un procès⁸⁹⁷), le projet des épistémologues qui étudient le système judiciaire est généralement de fonder une théorie de la justification du jugement judiciaire sur les faits⁸⁹⁸. Comme pour les théories de la vérité, il existe deux grandes familles traditionnellement opposées dans les

⁸⁹³ Z. BANKOWSKI, préc., note 82 à la page 236.

⁸⁹⁴ *Id.*

⁸⁹⁵ H. L. HO, préc., note 89, p. 64 (soulignements ajoutés); voir aussi *Id.*, p. 193: « [...] *the jury, after all, is sworn to give a true verdict according to the evidence.* ».

⁸⁹⁶ Définition de « connaissance » dans M. BLAY (dir.), préc., note 82, p. 178; voir aussi la définition de « *epistemology* » dans N. BUNNIN et J. YU, préc., note 82, p. 219; la définition de « *justification* » dans *Id.*, p. 367; T. HONDERICH (dir.), préc., note 82, p. 263.

⁸⁹⁷ M. S. PARDO, préc., note 90, 359-360.

⁸⁹⁸ Sur l'importance de la recherche en épistémologie pour le droit de la preuve, voir *Id.*, 359.

théories de la justification⁸⁹⁹. Le fondationnalisme (*foundationalism*) avance qu'une croyance est justifiée lorsqu'elle correspond à la réalité extérieure telle que perçue par un des sens de l'homme⁹⁰⁰. Pour sa part, le cohérentisme (*coherentism*) qualifie une croyance de justifiée suivant sa cohérence dans un système de croyances donné⁹⁰¹.

La philosophe Amalia Amaya propose une théorie de la justification des décisions judiciaires basée sur une vision cohérentiste de la justification. Selon elle, la croyance du *juge des faits* est justifiée lorsqu'elle est cohérente avec la preuve présentée au procès et son bagage de connaissances⁹⁰². Cela nous semble une traduction en termes philosophiques des prescriptions de droit positif canadien : la vérité judiciaire est découverte suivant la preuve présentée et le bon sens. Suivant cette auteure, le droit canadien impose donc un raisonnement sur les faits purement cohérentiste.

La théorie de la justification des décisions judiciaires sur les faits de la philosophe Susan Haack, bien que d'apparence cohérentiste, se situe à mi-chemin entre les deux grandes familles des théories de la justification épistémique. Haack innove en proposant une troisième position qu'elle nomme le *foundherentism*. En intégrant un élément d'extranéité au système⁹⁰³, celle-ci permet d'éviter le problème de circularité que suppose toute théorie purement cohérentiste, c'est-à-dire la possibilité que la justification la plus cohérente dans un système

⁸⁹⁹ Nous mettons volontairement de côté le « *reliabilism* » (croyance produite par un processus fiable) d'Alvin Goldman.

⁹⁰⁰ Définition de « *foundationalism* » dans N. BUNNIN et J. YU, préc., note 82, p. 268; T. HONDERICH (dir.), préc., note 82, p. 310; J. BOTHAMLEY, préc., note 102, p. 210.

⁹⁰¹ Définition de « *coherentism* » dans N. BUNNIN et J. YU, préc., note 82, p. 118: « *Coherentism is a theory of epistemic justification, in opposition to foundationalism. It denies the view that there is a set of self-warranting perceptual beliefs that serve as the ultimate justification for all other beliefs. Instead, it suggests that all beliefs form a network within which each has equal epistemic status. [...] Justification is a matter of coherence. A belief is justified only if it coheres with the background system of beliefs.* » .

⁹⁰² A. AMAYA, préc., note 563, 307.

⁹⁰³ Haack utilise l'image d'un mot-croisé pour illustrer sa théorie qui permet au cohérentisme de sortir de sa circularité. Voir Susan HAACK, *Evidence and Inquiry: A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*, 2^e éd., Amherst, Prometheus Books, 2009, p. 14; expliquant comment un cohérentisme pur peut difficilement être une justification ou un indicateur de vérité, voir *Id.*, p. 66.

donné n'ait aucune emprise dans la réalité extérieure⁹⁰⁴. Cette théorie de la justification présente l'intérêt particulier de prendre acte du fait que la preuve dont la cohérence est évaluée provient, elle, de la réalité extérieure. Cette position mitoyenne n'est pas sans rappeler notre proposition d'une vérité hybride. Elle permet d'éviter le problème de légitimité institutionnelle évoqué par la juge L'Heureux-Dubé dans l'extrait rapporté précédemment si le processus de détermination judiciaire des faits permettait d'atteindre une vérité-cohérence pure qui pourrait être autonome par rapport à la réalité extérieure⁹⁰⁵.

Il est hors du projet du présent mémoire de nous prononcer sur l'applicabilité ou le caractère adéquat du *foundherentism* de Haack pour fonder épistémologiquement la décision judiciaire sur les faits. En effet, cette théorie est une théorie de la justification et non pas une théorie visant à évaluer le caractère épistémique d'un processus générateur de croyances⁹⁰⁶. Pour nos fins, il suffit de constater que les deux épistémologues consultés ayant circonscrits leur analyse de la visée épistémique du procès au processus de détermination judiciaire des faits concluent soit que la croyance du *juge des faits* se justifie d'une façon purement cohérentiste (Amalaya), soit d'une façon cohérentiste avec un élément d'extranéité au système (Haack). Ces deux auteurs appuient notre position voulant que le système de détermination judiciaire des faits est construit de manière à atteindre une vérité-systémique puisque si le raisonnement du *juge des faits* une fois la preuve présentée est purement cohérentiste (tel que le souligne Amaya), les preuves sur lesquelles ce raisonnement est fondé sont représentatives de la réalité extérieure, ce qui constitue un élément d'extranéité au système (tel que le soulève Haack).

En départageant les objectifs multiples que vise le système judiciaire dans son ensemble du but purement épistémique poursuivi par le *juge des faits*, le système judiciaire n'apparaît plus comme une institution qui échoue globalement dans son mandat de déterminer

⁹⁰⁴ Voir la définition de « *coherentism* » dans N. BUNNIN et J. YU, préc., note 82, p. 118: « *Since coherence is essentially an internal relation among belief, there is a major difficulty for coherentism to deal with, that is how to fill the gap between justified belief and external reality.* ».

⁹⁰⁵ *Supra*, p. 203. Voir aussi P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 19; questionnant la possibilité de remplacer la vérité-correspondance par la vérité-cohérence comme définition de la vérité judiciaire, voir M. R. DAMASKA, préc., note 66, 291-292.

⁹⁰⁶ Voir S. HAACK, préc., note 903, p. 264.

la vérité-correspondance. L'institution limitée au *juge des faits* peut être considérée remplir parfaitement son objectif de déterminer la vérité *suivant la preuve présentée* (vérité-systémique)⁹⁰⁷. En prenant acte de la vérité judiciaire pouvant réellement être atteinte par la détermination judiciaire des faits, la théorie narrative offre une description du procès conforme à la pratique découlant du droit. Elle permet du même coup de démontrer l'existence d'un écart important entre le discours traditionnel et la réalité.

Une fois la visée épistémique du procès réduite à la seule détermination des faits *suivant la preuve présentée*, la question de la *suffisance* de cette visée épistémique pour remplir ses fonctions sociales et démocratiques est une question qui est hors du projet du présent mémoire⁹⁰⁸. Encore une fois, rappelons que ce n'est pas parce que le système judiciaire est équipé pour atteindre une vérité-systémique que cette dernière ne peut pas se révéler conforme à la Vérité⁹⁰⁹. La vérité-systémique que permet d'atteindre le processus de détermination judiciaire des faits est peut-être la plus près de la Vérité qu'un tel processus, s'inscrivant dans une institution démocratique plus large qui remplit aussi d'importantes fonctions sociales autres, peut aspirer à atteindre.

Dans le chapitre suivant, nous illustrerons le fait que le droit positif canadien valide une conception hybride de la vérité recherchée par le processus de détermination judiciaire des faits, en ce que cette vérité est strictement limitée à la preuve présentée au procès. Avant d'y arriver, nous abordons la question de la vérité-systémique et la théorie explicative de la preuve.

⁹⁰⁷ Au même effet, voir Z. BANKOWSKI, préc., note 82 à la page 237.

⁹⁰⁸ Haack semble d'avis qu'il s'agit peut être d'un bon compromis considérant les autres buts que vise le système judiciaire dans son ensemble. Voir S. HAACK, préc., note 90, p. 22; Haack est d'avis que l'évaluation du poids à donner aux autres considérations que la recherche de vérité dans le système judiciaire est aussi hors du champ d'étude de l'épistémologie. Voir *Id.*, p. 35.

⁹⁰⁹ S. HAACK, préc., note 90, p. 22; Haack qualifie le processus judiciaire de pseudo-enquête (*pseudo-inquiry*), un processus moins fiable, honnête et minutieux qu'une véritable enquête. Voir *Id.*, p. 21; cela ne veut pas dire pour autant que les résultats produits sont forcément inexacts. Voir *Id.*, p. 201; Haack est d'avis que la Vérité demeure dans tous les cas centrale à la justice. Voir *Id.*, p. 305; relevant que les règles encadrant le déroulement du procès contradictoire semblent moins poursuivre l'objectif de découverte de la Vérité que celles du procès inquisitoire, Damaska souligne que cela ne signifie pas une capacité moindre de la common law à atteindre la vérité-correspondance. Voir M. R. DAMASKA, préc., note 104, p. 94.

5.3 — La vérité-systémique et la théorie explicative de la preuve

Quoique cela ne soit nullement affirmé par ses tenants, nous sommes d'avis que la théorie explicative de la preuve suppose le changement de paradigme discuté dans la section précédente, c'est-à-dire une nouvelle conception de la vérité judiciaire atteinte par le processus de détermination judiciaire des faits. Nous croyons que c'est aussi ce qui explique, du moins en partie, la résistance académique à laquelle cette théorie générale de la preuve fait face. La théorie explicative de la preuve ne remet pas en question le fait que la détermination judiciaire des faits recherche, à titre de processus épistémique, la Vérité :

« We begin with a simple, but oft-neglected, observation: The coin of the legal realm is truth. Factfinders (judges or jurors) operating in that realm try to reconstruct an event that involves the parties to the trial. They focus on the specific occurrences in which the parties (or a single party when that party is a criminal defendant) took part. As part of this reconstruction process, factfinders receive evidence from the parties and evaluate the significance of that evidence through their collective experience about how the world works. Factfinders then juxtapose the parties' conflicting accounts of the event and ask themselves which of those accounts makes the most sense. »⁹¹⁰

Conformément aux prémisses de tout système de détermination des faits basé sur la présentation de preuves, la théorie explicative — comme la vision traditionnelle — tient pour acquis que la preuve présentée a un lien avec la réalité extérieure de l'histoire qu'elle soutient, sans quoi cette preuve n'existerait pas :

« Yet, evidence that allows the winning story to win the plausibility contest does not come into existence by accident. This evidence must satisfy a demanding set of epistemic criteria that comprise natural reasoning about events. Virtually always, therefore, this evidence will have some causal connection to the story's truth. To put it differently, this evidence would not have come into existence the way it did had the story been false rather than true. »⁹¹¹

Par ailleurs, et contrairement à la vision traditionnelle, la théorie explicative reconnaît expressément la seconde prémisse d'un système de recherche de Vérité basé sur la présentation de preuves, celle voulant que plus une proposition explique la preuve présentée,

⁹¹⁰ R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 567.

⁹¹¹ *Id.*, 577 (soulignements ajoutés).

plus elle ait de chances d'être vraie⁹¹². Cette prémisse correspond à l'inférence à la meilleure explication, une notion au cœur de la théorie explicative de la preuve⁹¹³.

En mobilisant expressément la notion de « meilleure explication de la preuve », la théorie explicative rend explicite le raisonnement cohérentiste du *juge des faits*. La meilleure explication étant restreinte aux explications qui peuvent émerger de la preuve présentée au procès⁹¹⁴, la vérité que le processus de détermination judiciaire des faits permet d'atteindre est forcément confinée à celles-ci. La notion de « meilleure explication de la preuve » rend aussi apparent le fait qu'il est toujours possible qu'une *autre* explication que celle ultimement retenue au procès existe et corresponde davantage à la Vérité :

« An explanatory view of reasoning about evidence in law also bring to light that the extent to which factual inference in law is of a defeasible kind: for there is, of course, always the possibility that a better explanation will be discovered which defeats the hypothesis that has been chosen as the best. »⁹¹⁵

Le recours à l'inférence à la meilleure explication sous-entend qu'en fonction des preuves présentées, des théories de la cause choisies par les parties ou encore de la qualité des plaidoiries des avocats, la « meilleure » explication de la preuve pourrait varier d'une fois à l'autre. La théorie explicative de la preuve suppose que la partie qui présente l'histoire la plus cohérente et supportée par la preuve gagne le concours de *vraisemblance*, peu importe sa *véracité*⁹¹⁶. La mobilisation de la notion de l'inférence à la meilleure explication par la théorie explicative rend ainsi explicite le fait que la meilleure explication est la plus *vraisemblable*, sans être forcément la plus *vraie*, mettant à jour les faiblesses de l'adéquation pure que faisait

⁹¹² R. J. ALLEN et M. S. PARDO, préc., note 556, 315: « [...] the better a proposition explains the relevant evidence, the more likely it is to be true. And that of two or more competing explanations, the one that better explains the evidence is more likely than the other(s) to be true. »; voir aussi M. S. PARDO, préc., note 174, 609.

⁹¹³ Voir *supra*, p. 128.

⁹¹⁴ R. J. ALLEN, préc., note 603, 106.

⁹¹⁵ A. AMAYA, préc., note 537 à la page 137; voir aussi R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 577.

⁹¹⁶ Voir à titre d'illustration R. J. ALLEN et A. STEIN, préc., note 546, 578: « In this case, the plaintiff has a coherent and causally articulated story supported by two independent and unbiased witnesses, while the defendant's story is much weaker epistemically. The plaintiff's story consequently wins the plausibility contest. Under the relative plausibility framework, the court would consequently conclude that the plaintiff proved his case by a preponderance of the evidence. ».

la vision traditionnelle du procès entre la proposition ayant le plus de chances d'être vraie et la Vérité.

Ajoutons par ailleurs que la meilleure explication est la plus vraisemblable *suivant la preuve présentée*. Cette proposition, aussi au centre de la théorie explicative, exacerbe le caractère relatif de ce qui constitue une explication meilleure qu'une autre : cela dépend de la preuve présentée. La possibilité que l'histoire qui représente le mieux la Vérité ne soit même pas générée lors du procès est aussi la principale opposition au recours à l'inférence à la meilleure explication en droit judiciaire. Nous sommes d'avis que cette implication de l'inférence à la meilleure explication n'est perçue comme un « problème »⁹¹⁷ que dans la mesure où l'on refuse d'abandonner la définition traditionnelle de la vérité pouvant être atteinte par le *juge des faits*⁹¹⁸.

Selon nous, la réalité est que la possibilité que la Vérité réside hors des éventualités considérées au tribunal a *toujours* existé⁹¹⁹. La vision traditionnelle du procès suppose un raisonnement factuel par induction⁹²⁰, un mode de raisonnement qui ne permet pas de garantir le caractère vrai d'une conclusion même si la prémisse est vraie⁹²¹. C'est d'ailleurs ce qu'explique clairement cet extrait d'un jugement de la Cour supérieure de l'Ontario :

« While the jurisprudence is replete with references to the drawing of "reasonable inferences", there is comparatively little discussion about the process involved in drawing inferences from accepted facts. It must be emphasized that this does not involve deductive reasoning which, assuming the premises are accepted, necessarily results in a

⁹¹⁷ Traitant de ce problème appelé « *underconsideration* », voir A. AMAYA, préc., note 537 à la page 152.

⁹¹⁸ Voir à titre d'exemple Schum qui est d'avis que le concept de « meilleure » explication pose problème compte tenu de la difficulté d'assurer dans un cas donné que toutes les explications possibles aient été générées. Voir David A. SCHUM, « Species of Abductive Reasoning in Fact Investigation in Law », (2001) 22-5-6 *Cardozo Law Rev.* 1645, 1655; *contra*, voir Kola ABIMBOLA, « Abductive Reasoning in Law: Taxonomy and Inference to the Best Explanation », (2001) 22-5-6 *Cardozo Law Rev.* 1683; J. R. JOSEPHSON, préc., note 562.

⁹¹⁹ M. S. PARDO, préc., note 174, 609: « *Explanatory considerations are not guarantees of truth, but neither are any other criteria that could be used to guide inferences in the context of legal proof (probabilistic or otherwise)*. »; M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 246.

⁹²⁰ Voir la description de la théorie rationaliste de la preuve dans T. ANDERSON, D. A. SCHUM et W. L. TWING, préc., note 166, p. 79 et 80; S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 36, n° 4:20.10; J. D. JACKSON, préc., note 76, 314.

⁹²¹ M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 227; Craig R. CALLEN, « Notes on a Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law », (1982) 57-1 *Indiana Law J.* 1, 4.

valid conclusion. This is because the conclusion is inherent in the relationship between the premises. Rather, the process of inference drawing involves inductive reasoning which derives conclusions based on the uniformity of prior human experience. The conclusion is not inherent in the offered evidence, or premises, but flows from an interpretation of that evidence derived from experience. Consequently, an inductive conclusion necessarily lacks the same degree of inescapable validity as a deductive conclusion. Therefore, if the premises, or the primary facts, are accepted, the inductive conclusion follows with some degree of probability, but not of necessity. Also, unlike deductive reasoning, inductive reasoning is ampliative as it gives more information than what was contained in the premises themselves. »⁹²²

Toute détermination judiciaire des faits vise à trancher une incertitude factuelle sur la base de ce qui *probable* et non pas de ce qui est *certain*⁹²³. C'est d'ailleurs ce que révèlent les règles de droit relatives à la détermination judiciaire des faits. Un élément de preuve est dit pertinent s'il rend un fait en litige plus, ou moins, *probable* qu'il ne le serait sans cette preuve; la valeur probante d'une preuve est la *probabilité* que le fait qu'elle soutient soit vrai et les règles de fardeau de preuve visent essentiellement à déterminer comment et en faveur de qui l'incertitude inhérente à tout débat judiciaire doit être résolue en répartissant le *risque d'erreurs* entre les parties⁹²⁴.

La théorie explicative mobilise le raisonnement par abduction, une inférence tout aussi logique et faillible que le raisonnement par induction supposé par la vision traditionnelle⁹²⁵. La différence réside dans le fait que la théorie explicative admet cette faillibilité alors que ce n'est pas le cas de la vision traditionnelle qui suppose que tout *juge des faits* saisi de la même preuve en inférerait les mêmes conclusions de faits.

La théorie explicative de la preuve implique de passer de l'idée que la détermination judiciaire des faits reconstitue de façon exacte la réalité extérieure à la reconnaissance plus réaliste que la trame factuelle retenue est plutôt la meilleure explication des preuves identifiées et rapportées par les parties de cette réalité extérieure en date du procès. Admettre que le tribunal a pour but de décider entre des histoires limitées en nombre — sans aucune assurance

⁹²² *R. v. Munoz*, (2006) 205 C.C.C. (3d) 70 (Ont. S.C.J.) (soulignements ajoutés).

⁹²³ A. STEIN, préc., note 79, p. 66-68; P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 260.

⁹²⁴ Voir *supra*, p. 132.

⁹²⁵ Même avec un support significatif pour une conclusion, le doute ne peut jamais être complètement éliminé dans le cas du raisonnement par abduction. Voir J. R. JOSEPHSON, préc., note 562, 1631.

que l'histoire la plus représentative de la Vérité soit de ce nombre — est du moins une tâche humainement opérable comparée à l'entreprise de détermination de la vérité-correspondance qu'affirment traditionnellement atteindre les tribunaux⁹²⁶.

La théorie explicative de la preuve respecte l'ensemble des prémisses relatives à tout processus de recherche de la Vérité basée sur la présentation de preuves. Elle ne remet en question que la qualification traditionnelle de la vérité atteignable judiciairement comme étant la vérité-correspondance. Contrairement à ce que ses détracteurs supposent, la théorie explicative ne transforme pas un système dont l'exactitude des jugements était garantie à un système qui produit et valide des jugements inexacts⁹²⁷. Considérant que le système judiciaire produit inévitablement des inexacitudes, la théorie narrative qui le reconnaît a une valeur descriptive plus importante que la vision traditionnelle de ce système qui implique de nier l'existence de ces inexacitudes. Cette reconnaissance n'a pas pour effet *d'exacerber* les erreurs. Au contraire, elle permet de les dénombrer, de mieux les identifier et de prendre des décisions sociales et politiques éclairées sur leur gestion. Si le droit de la preuve semble perdre de son « objectivité » en admettant sa « faillibilité », il n'en est rien. Par sa conformité au raisonnement judiciaire sur les faits tel qu'il survient dans la réalité, la théorie explicative de la preuve augmente l'emprise de la théorie sur la pratique judiciaire, offrant un outil concret pour réduire cette faillibilité si cela est souhaité.

Le changement épistémologique que suppose la théorie explicative de la preuve permet d'expliquer la réticence des théoriciens du droit de la preuve à l'adopter et il permet aussi de comprendre la plupart des critiques qui lui sont adressées. Ce n'est pourtant pas parce que la théorie explicative ne conçoit pas le processus de détermination judiciaire des faits comme permettant d'atteindre la vérité-correspondance qu'elle ne théorise pas le moyen peut-être le plus adéquat et efficace qu'un tel processus a pour rechercher la Vérité, c'est-à-dire en étant conçu pour atteindre une vérité-systémique.

La théorie explicative de la preuve permet par ailleurs d'arrimer la conception de la vérité judiciaire au tournant relativiste qui a été pris en sciences au début du siècle dernier. En

⁹²⁶ H. KAPTEIN, préc., note 570 à la page 210.

⁹²⁷ Voir *supra*, Critiques de la théorie explicative de la preuve, p. 137.

effet, à la vision que la science marche inexorablement vers la découverte de la Vérité a été substituée celle que le progrès doit être mesuré par l'articulation de « meilleures » théories par rapport aux alternatives disponibles à ce jour⁹²⁸. Le processus de détermination de la vérité judiciaire serait ainsi un processus d'identification de la meilleure théorie sur les événements survenus plutôt qu'un moyen d'évaluer la correspondance entre ces théories et la Vérité.

Pour toutes ces raisons, nous sommes d'avis que la théorie explicative de la preuve est la meilleure explication du droit de la preuve à ce jour.

⁹²⁸ R. J. ALLEN, préc., note 163, 605.

6. Le droit et la vérité-systémique

Au risque de nous répéter, le procès n'est pas une entreprise scientifique. Il s'agit plutôt d'une contestation sur les faits entre deux parties gouvernée par des règles de droit⁹²⁹. Cette procédure vise à établir, par la présentation de preuves, les événements à la base des droits revendiqués ou des infractions alléguées de manière à « rendre justice suivant le droit ». Cet extrait d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario l'explique de façon éloquent :

« Our mode of trial procedure is based upon the adversary system in which the contestants seek to establish through relevant supporting evidence, before an impartial trier of facts, those events or happenings which form the bases of their allegations. This procedure assumes that the litigants, assisted by their counsel, will fully and diligently present all the material facts which have evidentiary value in support of their respective positions and that these disputed facts will receive from a trial Judge a dispassionate and impartial consideration in order to arrive at the truth of the matters in controversy. A trial is not intended to be a scientific exploration with the presiding Judge assuming the role of a research director; it is a forum established for the purpose of providing justice for the litigants. Undoubtedly a Court must be concerned with truth, in the sense that it accepts as true certain sworn evidence and rejects other testimony as unworthy of belief, but it cannot embark upon a quest for the "scientific" or "technological" truth when such an adventure does violence to the primary function of the Court, which has always been to do justice, according to law. While I recognize that the adversary system has been subjected to criticism on the ground that its procedures may on occasions inhibit the search for ultimate truth, I believe it to be a workable system which has proved satisfactory over a long period, and I am not prepared to abandon it in favour of the presumed, but undemonstrable, advantages of a clinical, scientific approach to the adjudication of legal disputes. »⁹³⁰

La vision traditionnelle du procès assimile le fait de « rendre justice suivant le droit » à l'application du droit sur des faits strictement *exacts* en élevant la rectitude décisionnelle benthamienne au rang d'objectif du procès entier⁹³¹. L'extrait reproduit ci-dessus soulève la possibilité que cette vision ne soit pas forcément conforme à la réalité du processus.

Dans le présent chapitre, nous illustrons pourquoi nous croyons que le droit positif canadien instaure un processus de détermination judiciaire des faits qui vise à atteindre une

⁹²⁹ J. DUCROS, préc., note 113 à la page 1, voir aussi *supra*, p. 38.

⁹³⁰ *Phillips v. Ford Motor Company*, [1971] 2 O.R. 637 (C.A.) (soulignements ajoutés).

⁹³¹ Voir *supra*, 1.2 — La vision traditionnelle du procès criminel canadien, p. 18.

vérité-systémique. Les prescriptions juridiques relatives à la détermination judiciaire des faits limitent cette dernière à la cohérence interne à la preuve présentée par les parties (6.1). Par ailleurs, le législateur a jugé que l'établissement d'une telle vérité était suffisante pour « rendre justice suivant le droit » puisque l'atteinte d'une vérité-systémique en première instance est ce qui est vérifiée par les cours d'appel canadiennes lorsqu'elles révisent les jugements sur les faits (6.2).

6.1 — Le droit positif de la détermination judiciaire des faits

Cette idée que la vérité-systémique plutôt que la vérité-correspondance est en mesure d'être atteinte par le *juge des faits* découle des prescriptions juridiques. Le droit intime aux jurés de rendre un verdict *vrai*, mais exclusivement à partir de la preuve présentée :

« Members of the Jury, you are having difficulty reaching a unanimous verdict. While it is not imperative that you do so, it is obviously desirable. You have sworn to give a **true verdict based upon the evidence** and that you must do your utmost to achieve.

[...] However, in reconsidering your position I remind you that at the beginning of the trial each of you took an oath to return a **true verdict according to the evidence**. It is crucial that no one betray that oath. Therefore, **your verdict must be based on the evidence alone** and you must not allow yourselves to be influenced by any extraneous considerations. »⁹³²

Le droit positif impose expressément au *juge des faits* de déterminer les faits seulement suivant la preuve présentée au procès, en évitant toute extrapolation qui ne repose sur aucune preuve⁹³³. Ainsi, même si une éventualité suggérée par un témoin ou un avocat au procès est *vraie*, en l'absence de preuve à son soutien, le droit empêche le juge des faits de considérer cette éventualité. Le droit limite expressément la vérité atteignable à celle interne au système judiciaire ou, dans un cas donné, au procès en cause. Comme l'expose même la doctrine traditionnelle en droit de la preuve, le droit ne demande pas vraiment au *juge des faits* de déterminer la *culpabilité* d'un accusé, mais plutôt de déterminer si *la preuve présentée* établit sa culpabilité conformément au fardeau requis :

⁹³² *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362 (soulignements et accentuations ajoutés).

⁹³³ Voir *supra*, p. 160. Voir aussi P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 49: « *At the conclusion of the trial contest, an impartial adjudicator renders judgment in favor of one party or the other on the basis on the evidence adduced to support the parties' respective contentions.* ».

« The inquiry into the truth about the past is not *what happened?* (i.e. factual truth) but more narrowly: "can the Crown prove by admissible evidence that the accused has committed the essential elements of the charged offense to the standard of beyond a reasonable doubt?" (i.e., legal truth). »⁹³⁴

L'extrait suivant d'un jugement de la Cour supérieure de l'Ontario reconnaît expressément qu'il est possible, mais non certain, que les faits déterminés à partir de la preuve présentée et satisfaisant le fardeau juridique requis coïncident par ailleurs avec la Vérité :

« A trial is not a faithful reconstruction of the events as if recorded on some giant television screen. It is an historical recall of that part of the events to which witnesses may be found and presented in an intensely adversary system where the object is quantum of proof. Truth may be only incidental. »⁹³⁵

Lorsque le *juge des faits* évalue que la Couronne a présenté suffisamment de preuves au procès qu'il juge *vraisemblables* pour remplir le fardeau de preuve requis, le verdict résultant de l'application du droit sur ces faits est valide juridiquement. En conférant une validité juridique à un tel verdict, le législateur a institué un système judiciaire dans lequel le *juge des faits* a rempli adéquatement son rôle lorsqu'il atteint un verdict « suffisant » ou « correct »⁹³⁶. C'est aussi l'atteinte d'un tel verdict « suffisant » que les cours d'appel vérifient lorsqu'elles révisent la détermination des faits effectuée en première instance, et ce, sans égard à la correspondance entre cette détermination des faits et la Vérité.

Nous sommes d'avis que la norme d'intervention des cours d'appel canadiennes sur la détermination des faits en première instance permet d'identifier ce que le législateur a voulu instituer comme une détermination judiciaire des faits suffisamment satisfaisante pour que sa révision ne soit pas nécessaire. Comme il sera illustré dans les pages qui suivent, l'analyse du droit révèle que les cours d'appel ont pour mandat de s'assurer que la détermination judiciaire des faits a bel et bien atteint une vérité-systémique. La correspondance entre cette vérité et la Vérité, pour sa part, ne fait l'objet d'aucune vérification au sein du système judiciaire canadien et n'affecte en aucun cas la validité juridique d'un verdict. Nous proposons ainsi une relecture

⁹³⁴ S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 28:20.10; voir aussi S. HAACK, préc., note 90, p. 56, 91 et 305; A. T. TUFTS, préc., note 136 à la page 639.

⁹³⁵ *Regina v. Lalonde*, [1971] 1 O.R. 376 (S.C.J.).

⁹³⁶ Certains parlent de verdicts « corrects ». Voir D. C. PERRIER, préc., note 118 à la page 10: « *The task facing juries is to render a "correct" verdict based upon facts as presented and applied to the law as stated in the judge's instructions to the jury.* ».

narrative du droit de l'appel d'un verdict de culpabilité par l'accusé afin d'illustrer que d'imposer à la détermination judiciaire des faits l'objectif d'atteindre la vérité-correspondance est étranger à la logique du système judiciaire et au droit qui en prescrit l'opération quotidienne.

Par ailleurs, cette relecture narrative du pouvoir d'intervention des cours d'appel permet de démontrer une fois de plus l'intérêt heuristique de la théorie narrative pour la compréhension du processus judiciaire. Comme l'illustre l'arrêt *Old Chief*⁹³⁷, la théorie narrative du procès peut être utilisée à l'étape de l'appel comme cadre théorique pour appréhender le procès de première instance⁹³⁸. Dans le cas présent, elle permet d'expliquer les normes d'intervention sur les faits prescrites par le droit qui délimitent de façon restrictive l'exercice de la compétence d'une cour d'appel. La théorie narrative met une fois de plus en exergue l'existence d'un écart entre l'attente traditionnelle envers les cours d'appel qu'elles s'assurent de l'exactitude factuelle des décisions qu'elles révisent et les pouvoirs de révision qu'elles possèdent concrètement suivant le droit.

6.2 — Une relecture narrative de l'appel du verdict de culpabilité par l'accusé en droit canadien

Au Canada, la détermination judiciaire des faits a lieu au procès et ces faits permettent d'établir la culpabilité d'un accusé⁹³⁹. L'appel n'est pas la reprise de ce processus. Rendue sur la base du dossier préparé par les parties⁹⁴⁰, la décision d'appel est plutôt « le procès du jugement de première instance »⁹⁴¹. Le principe est qu'une « cour d'appel n'est pas habilitée à modifier une conclusion factuelle avec laquelle elle n'est pas d'accord, lorsque ce désaccord

⁹³⁷ Voir *supra*, p. 118.

⁹³⁸ Voir J. B. MITCHELL, préc., note 258, 610: « *The Old Chief Court's use of narrative theory as a framework to understand an aspect of the legal system (here, a jury trial) is unique [...]* ».

⁹³⁹ Voir *supra*, p. 150.

⁹⁴⁰ P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 2960.

⁹⁴¹ *Vibron Ltd. c. Patrick Garneau & Associés inc.*, 2011 QCCA 1166, par. 40; voir aussi T. QUIGLEY, préc., note 37, n^{os} 24.1, p. 24.4.

résulte d'une divergence d'opinion sur le poids à attribuer aux faits à la base de la conclusion. »⁹⁴²

En matière criminelle, sauf en cas d'erreur de droit du juge du procès ou d'atteinte à l'équité du procès, la compétence d'une cour d'appel se limite à vérifier le caractère *raisonnable* de la décision de première instance⁹⁴³, sans égard à son caractère *exact*.

Une cour d'appel n'a aucune compétence inhérente pour intervenir sur un verdict de culpabilité et ne possède que les pouvoirs conférés par la loi⁹⁴⁴. Aussi large que soit le droit d'interjeter appel d'une déclaration de culpabilité, le *Code criminel* ne prévoit que 3 types d'erreurs justifiant l'intervention d'une cour d'appel à son article 686(1)(a) : (i) le verdict est « déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve », (ii) le jugement « constitue une décision erronée sur une question de droit » ou (iii) « pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire »⁹⁴⁵. Ce dernier concept d'« erreur judiciaire » du *Code criminel* n'est pas celui retenu dans le présent mémoire. Il s'agit d'une disposition à caractère résiduel permettant « d'infirmer une déclaration de culpabilité lorsqu'il est démontré qu'il est survenu une erreur judiciaire grave qui, peu importe sa nature, a eu pour effet de priver l'accusé de son droit à un procès juste et équitable »⁹⁴⁶. Ce moyen d'appel permet une révision du verdict lorsque des irrégularités « ont pu rendre le procès inéquitable envers l'accusé ou ont créé une apparence d'iniquité »⁹⁴⁷, peu importe le caractère inexact ou non de la condamnation.

Alors que le premier cas de figure permet l'intervention d'une cour d'appel lorsque le verdict est teinté par (i) des erreurs de fait, le second (ii) porte exclusivement sur les erreurs de droit et le paragraphe (iii) vise les moyens résiduels qui mettent en jeu l'équité du procès,

⁹⁴² *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 23.

⁹⁴³ Tristan DESJARDINS, *L'appel en droit criminel et pénal*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis, 2012, par. 340.

⁹⁴⁴ *Code criminel*, préc., note 37, art. 674; R.E. SALHANY, *Canadian Criminal Procedure*, 6^e éd., 2, Toronto, Thomson Reuters, feuilles mobiles, à jour en mars 2016, n° 9.60; T. QUIGLEY, préc., note 37, n^{os} 24.1, p. 24-2; E. G. EWASCHUK, préc., note 143, n° 23:0040; P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 2957.

⁹⁴⁵ *Code criminel*, préc., note 37, art. 686 (1)a); *R. c. W.H.*, préc., note 139, par. 25; E. G. EWASCHUK, préc., note 143, n° 23:7010; P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 3024.

⁹⁴⁶ T. DESJARDINS, préc., note 943, par. 419 (soulignements ajoutés).

⁹⁴⁷ *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 61 (version française des motifs); voir aussi R. E. SALHANY, préc., note 944, n° 9.340; John SOPINKA et Mark A. GELOWITZ, *The Conduct of an Appeal*, 3^e éd., Markham, LexisNexis, 2012, par. 4.27.

souvent des questions mixtes de fait et de droit⁹⁴⁸. Ainsi, en cas d'erreur de droit, l'intervention de la Cour d'appel est forcément fondée sur le paragraphe (ii). En cas d'erreur sur les faits, sujet d'intérêt du présent mémoire, une cour d'appel ne peut intervenir que dans les situations prévues aux paragraphes (i) et (iii) : soit le « verdict [est] déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve », soit des irrégularités ont été commises de sorte à entraîner une « erreur judiciaire » au sens du *Code criminel*. Ces 2 avenues sont explorées dans les prochaines pages.

6.2.1 Le verdict déraisonnable

La disposition prévoyant l'intervention d'une cour d'appel lorsque le verdict est « déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve » (article 686(1)(a)(i) *C.cr.*) octroie le pouvoir aux cours d'appel de renverser un verdict de culpabilité, que ce verdict ait été rendu par un jury ou par un juge siégeant seul⁹⁴⁹. Puisque seul le caractère raisonnable du verdict importe, les motifs du jugement rendu par un juge seul ne sont pas examinés et la cour d'appel révisé strictement le verdict⁹⁵⁰. La norme d'intervention suivant le critère de la « raisonnabilité »⁹⁵¹ d'une décision, matières civiles et criminelles confondues, peut s'expliquer comme suit :

« The reviewing tribunal will examine and review what occurred at the first tribunal level, but will interfere only when persuaded that no reasonable person, meaning a sensible person acting responsibly and who has been properly instructed in the governing law and the circumstances of the case, would do what the tribunal under review did or failed to do. »⁹⁵²

⁹⁴⁸ T. DESJARDINS, préc., note 943, par. 419; P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 3064. En règle générale, un appel sur une question de droit est de plein droit (article 675(a)i) *C.cr.*), tandis qu'une permission doit être demandée pour un appel sur une question de fait ou une question mixte (article 675(a)ii) *C.cr.*

⁹⁴⁹ R. E. SALHANY, préc., note 944, n° 9.240; P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 3027; J. SOPINKA et M. A. GELOWITZ, préc., note 947, par. 4.14; S. PENNEY, V. RONDINELLI et J. STRIBOPOULOS, préc., note 142, n° 18.6.

⁹⁵⁰ P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 3029.

⁹⁵¹ Bien que le recours au terme « raisonnabilité » en français puisse être contesté, il est utilisé à plusieurs reprises par la Cour suprême du Canada. Nous nous permettons donc de l'utiliser dans le présent mémoire afin d'alléger le texte. Voir par exemple *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190.

⁹⁵² Roger P. KERANS et Kim M. WILLEY, *Standards of Review Employed by Appellate Courts*, 2^e éd., Edmonton, Juriliber, 2006, p. 38.

Dans le cadre du pouvoir d'intervention prévu à l'article 686(1)(a)(i) *C.cr.*, une cour d'appel doit se demander si un *juge des faits* hypothétique, raisonnable et bien instruit en droit, *aurait pu* arriver au verdict contesté considérant la preuve présentée⁹⁵³ et ce, peu importe la façon dont le *juge des faits* qui était chargé de l'affaire y est arrivé dans le cas à l'étude. Lorsqu'un verdict est jugé déraisonnable par la cour d'appel, il entraîne un acquittement puisqu'aucun *juge des faits* raisonnable n'aurait pu condamner l'accusé⁹⁵⁴.

Essentiellement, la norme de la raisonnable signifie qu'une cour d'appel doit intervenir lorsque la preuve ne permet pas de *raisonnablement* soutenir le verdict⁹⁵⁵. Deux éléments sont donc importants. En premier lieu (1), il devait exister parmi la preuve présentée au procès des éléments de preuve permettant de conclure aux faits essentiels de l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable. En second lieu (2), il devait aussi être *raisonnable* de retenir ces faits :

« The function of the Court of Appeal, under s. 613(1)(a)(i) [now s. 686(1)(a)(i)] of the Criminal Code goes beyond merely finding that there is evidence to support a conviction. The Court must determine on the whole of the evidence whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered. While the Court of Appeal must not merely substitute its view for that of the jury, in order to apply the test the Court must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence. This process will be the same whether the case is based on circumstantial or direct evidence. »⁹⁵⁶

Quant au premier point (1), la cour d'appel vérifie si des preuves permettant de conclure directement (preuve directe) ou par inférence (preuve circonstancielle) à chacun des éléments essentiels de l'infraction ont été présentées au procès. La preuve du fait peut exister suivant n'importe quelle interprétation *raisonnable* de la preuve⁹⁵⁷, même lorsque la cour

⁹⁵³ *R. c. W.H.*, préc., note 139, par. 26; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 36; *R. c. Yebes*, préc., note 427.

⁹⁵⁴ S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 37:80; *R. c. Pittiman*, [2006] 1 R.C.S. 381; la Cour d'appel peut se prévaloir de l'effet combiné des articles 686(1)(b)(i) et (3) *C.cr.* et substituer un chef moindre et inclus que la preuve permet de soutenir. Voir P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 3036; T. DESJARDINS, préc., note 943, p. 462 et suiv.; J. SOPINKA et M. A. GELOWITZ, préc., note 947, par. 4.39.

⁹⁵⁵ E. G. EWASCHUK, préc., note 143, n° 23:7020.

⁹⁵⁶ *R. c. Yebes*, préc., note 427, 186 (soulignements ajoutés).

⁹⁵⁷ T. DESJARDINS, préc., note 943, par. 343: « [La cour d'appel] doit faire preuve d'une grande déférence et n'intervenir qu'en présence d'une interprétation déraisonnable de la preuve »; autrement dit, une cour d'appel peut intervenir sur le choix du *juge des faits* de retenir une preuve seulement si ce choix « ne peut pas s'appuyer

d'appel n'aurait pas elle-même retenu une telle preuve ou n'aurait pas interprété cette preuve de façon à inférer le fait essentiel si elle avait siégé en première instance⁹⁵⁸. Par exemple, le fait qu'un témoin se contredise à plusieurs reprises ou que la preuve révèle qu'il a des motifs de mentir n'empêche pas qu'un *juge des faits* raisonnable aurait pu retenir son témoignage⁹⁵⁹. Lorsqu'un tel témoignage est à la base d'un fait essentiel à l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable, la cour d'appel qui révisé la raisonnabilité du verdict doit tenir pour acquis que le *juge des faits* a valablement pondéré ces différentes considérations avant de choisir de retenir du moins la partie du témoignage apportant la preuve dudit fait essentiel :

« Special difficulties may exist in conducting a review where the basis for the allegation that the verdict is unreasonable is that the testimony is so incredible that a verdict founded upon that testimony must be unreasonable. [...] [S]ince a jury may bring to the difficult business of determining where the truth lies special qualities which appellate courts may not share, a verdict of guilty based on such evidence may very well be both reasonable and lawful. »⁹⁶⁰

L'importante déférence de la cour d'appel envers les conclusions du *juge des faits* sur l'évaluation de la valeur probante de la preuve est généralement justifiée par la position privilégiée de ce dernier qui a vu de ses yeux le témoin témoigner⁹⁶¹. Grossièrement, il est possible de résumer la vérification de la suffisance de la preuve au soutien du verdict en ces termes :

« The party prevailing [...] is entitled to every inference that a reasonable jury might have made given the evidence on the record considered in its most favorable light. This essentially means accepting at face value all testimonial evidence in favor of the verdict and assuming all testimonial evidence to the contrary to have been rejected on credibility grounds. »⁹⁶²

sur quelque interprétation raisonnable que ce soit de la preuve», extrait de *R. c. R.P.*, [2012] 1 R.C.S. 746, par. 10; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, par. 7; voir aussi E. G. EWASCHUK, préc., note 143, p. 23:7020.

⁹⁵⁸ Andrew FURGIUELE, « The Self-Limiting Appellate Courts and Section 686 », (2007) 52-2 *Crim. Law Q.* 237, 248: « Each piece of evidence, while suspect, was taken in that case to be valid, and as such, the evidence was taken as given. ».

⁹⁵⁹ Voir E. G. EWASCHUK, préc., note 143, p. 23:7022: « [...] a guilty verdict is not necessarily unreasonable even though there are material inconsistencies and motive to concoct since it is open to a jury to accept various parts of a witness's evidence. ».

⁹⁶⁰ R. E. SALHANY, préc., note 944, n° 9.235.

⁹⁶¹ *R. c. W.H.*, préc., note 139, par. 30; J. SOPINKA et M. A. GELOWITZ, préc., note 947, par. 4.4.

⁹⁶² M. D. RISINGER, préc., note 11, 1313-1314.

Une fois qu'elle a établi que le verdict était supporté par n'importe quelle interprétation raisonnable de la preuve présentée, la cour d'appel doit vérifier le second élément (2), c'est-à-dire le caractère raisonnable de l'appréciation judiciaire des faits :

« The court must ask itself [1] whether the jury's verdict is supportable on *any* reasonable view of the evidence **and** [2] whether proper judicial fact-finding applied to the evidence precludes the conclusion reached by the jury. »⁹⁶³

À cette étape, la cour d'appel vérifie la *raisonnabilité* pour un *juge des faits* hypothétique de conclure aux faits qui impliquent les éléments essentiels de l'infraction dont l'appelant a été déclaré coupable⁹⁶⁴. Bien que la Cour suprême du Canada traite parfois de l'exigence que le *juge des faits* ait agi « de manière judiciaire »⁹⁶⁵ ou conformément à « l'expérience judiciaire »⁹⁶⁶, elle réfère toujours à la même norme, celle de la *raisonnabilité* d'avoir retenu la trame factuelle qu'implique nécessairement le verdict de culpabilité :

« [...] when a properly instructed jury returns what the appeal court perceives to be an unreasonable conviction, the only inference is that the jury was not acting judicially in the sense that judicial fact-finding precludes the conclusion reached by the jury. Acting judicially means not only acting dispassionately, applying the law and adjudicating the basis of the record and nothing else, it also means arriving at a conclusion that does not conflict with the bulk of judicial experience. »⁹⁶⁷

Le droit prescrit que la *raisonnabilité* du verdict est à cette étape évaluée par rapport à l'ensemble de la preuve⁹⁶⁸.

Il n'est pas aisé de comprendre véritablement comment ces prescriptions juridiques sont effectivement suivies et appliquées par une cour d'appel. Selon moi, la théorie narrative du procès permet de comprendre comment, dans les faits, ces normes sont appliquées pour vérifier la *raisonnabilité* d'un verdict. Suivant la théorie narrative, la norme d'intervention

⁹⁶³ *R. c. W.H.*, [2013] 2 R.C.S. 180, par. 2 (numéros, accentuations et soulignements ajoutés); voir aussi E. G. EWASCHUK, préc., note 143, n° 23:7020.

⁹⁶⁴ Voir *R. c. Yebes*, préc., note 427, 185.

⁹⁶⁵ En anglais, l'expression employée est « *acting judicially* ». Voir *R. c. W.H.*, préc., note 139, par. 26; *R. c. Sinclair*, [2011] 3 R.C.S. 3, par. 84; *R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190, par. 58; *R. c. Biniaris*, préc., note 953, par. 36; *R. c. Yebes*, préc., note 427, 186.

⁹⁶⁶ En anglais, l'expression est « *judicial experience* ». Voir *R. c. W.H.*, préc., note 139, par. 28; *R. c. Beaudry*, préc., note 965, par. 58; *R. c. Biniaris*, préc., note 953, par. 40; R. E. SALHANY, préc., note 944, n° 9.220.

⁹⁶⁷ R. E. SALHANY, préc., note 944, n° 9.220 (soulignements ajoutés); voir *R. c. Biniaris*, préc., note 953, par. 40.

⁹⁶⁸ *R. c. Yebes*, préc., note 427, 186.

d'une cour d'appel sur un verdict de culpabilité s'explique comme la vérification de la raisonnabilité pour un *juge des faits* d'avoir conclu que l'histoire impliquant la culpabilité de l'accusé était la seule histoire *vraisemblable*. Pour ce faire, une cour d'appel vérifie à la première étape (1) que l'histoire retenue est une des histoires qui émanent effectivement de la preuve (*couverture*), le *juge des faits* ayant la discrétion de retenir ou de rejeter les faits découlant directement ou par inférence des preuves présentées. Ensuite, à la seconde étape (2), la cour d'appel pose un regard plus global sur la preuve présentée en première instance. Rappelons qu'au paragraphe précédent, nous notions que la jurisprudence prescrit que la raisonnabilité doit être évaluée de façon holistique à cette étape. La cour d'appel se demandant donc si l'histoire retenue est conforme au bon sens (*plausible*). À chacune de ces deux étapes, la cour d'appel ne peut intervenir que si la décision du *juge des faits* est *déraisonnable*, c'est-à-dire s'il n'était pas possible suivant le bon sens de (1) conclure que l'histoire retenue émanait des éléments de preuve présentés ou (2) de juger que cette histoire était globalement plausible. Même lorsque la cour d'appel (1) n'aurait pas conclu aux mêmes faits à partir de la preuve présentée ou (2) n'aurait pas conclu à la *plausibilité* de l'histoire impliquant la culpabilité de l'accusé, le droit ne lui permet aucune intervention tant qu'un jury hypothétique doté de bon sens *aurait pu* arriver à chacune de ces conclusions :

« Section 686(1)(a)(i) [...] does *not* allow the court of appeal to set aside the verdict merely because they "do not think they would have made the same finding if sitting as jurors", but only if they conclude that the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could not have reasonably rendered [...] in the sense that the evidence is not *reasonably capable* of supporting the verdict [...] »⁹⁶⁹

Contrairement au procès où l'application du fardeau de preuve hors de tout doute raisonnable requiert que le *juge des faits* évalue si l'histoire impliquant la culpabilité est la *seule* histoire vraisemblable, la norme d'intervention de la *raisonnabilité* implique que la cour d'appel vérifie s'il était possible (*could*)⁹⁷⁰ pour un *juge des faits* doté de bon sens de conclure qu'il s'agissait de la seule histoire *vraisemblable* :

⁹⁶⁹ E. G. EWASCHUK, préc., note 143, n° 23:7020 (soulignements ajoutés); voir aussi R. E. SALHANY, préc., note 944, n° 9.190.

⁹⁷⁰ En édictant que la norme de révision est celle de savoir si un *juge des faits* raisonnable aurait *pu* (*could*) rendre le verdict plutôt que celle de savoir s'il aurait *dû* (*should*), la jurisprudence impose un niveau de déférence élevé

« Where the Crown case was circumstantial, the standard applied is whether a properly instructed jury, acting judicially, "could have reasonably concluded that the only rational conclusion to be reached from the whole of the evidence" was the appellant's guilt. »⁹⁷¹

Tout comme une cour d'appel ne peut substituer sa propre interprétation et évaluation de la valeur probante de la preuve à celle du *juge des faits* à la première étape, elle ne peut pas non plus revoir son application du fardeau de preuve en procédant à sa propre évaluation de la plausibilité relative des différentes histoires qui émanent de la preuve à la seconde étape⁹⁷². Même si elle est d'avis qu'une histoire *plausible* et compatible avec l'innocence émane de la preuve, une cour d'appel ne peut pas revoir la conclusion du *juge des faits* voulant que cette histoire n'est pas *vraisemblable* de manière à soulever un doute qui soit *raisonnable* tel que le requiert le fardeau de preuve. La question qu'une cour d'appel se pose n'est donc pas de savoir si le verdict de culpabilité était le *seul* verdict raisonnable, mais bien s'il s'agissait *d'un des* verdicts raisonnables qui *pouvaient* être rendus :

« Triers of fact, whether juries or judges, have considerable leeway in their appreciation of the evidence and the proper inferences to be drawn therefrom, in their assessment of the credibility of witnesses, and in their ultimate assessment of whether the Crown's case is made out, overall, beyond a reasonable doubt. Any judicial system must tolerate reasonable differences of opinion on factual issues. Consequently, all factual findings are open to the trier of fact, except unreasonable ones embodied in a legally binding conviction. »⁹⁷³

des cours d'appel envers le jugement sur les faits de première instance, les empêchant de revoir l'application du fardeau de preuve. Voir A. FURGIUELE, préc., note 958, 249.

⁹⁷¹ S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 37:80.10 (soulignements ajoutés); voir aussi E. G. EWASCHUK, préc., note 143, n° 23:7020; S. PENNEY, V. RONDINELLI et J. STRIBOPOULOS, préc., note 142, n° 18.6.

⁹⁷² P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 3028: « De même, si l'accusé a témoigné et que le juge de première instance a rejeté son explication, la cour d'appel ne peut, en invoquant une autre qui pourrait être rationnelle, déclarer le verdict déraisonnable. »; voir aussi R. E. SALHANY, préc., note 944, n° 9.257; s'il était possible de vérifier l'application du fardeau de preuve en première instance lors de l'appel, la norme appliquée suivant la théorie explicative de la preuve serait la suivante. La cour d'appel vérifierait si un *juge des faits* hypothétique et raisonnable aurait pu juger l'histoire impliquant l'innocence de l'accusé *vraisemblable*. Voir M. S. PARDO et R. J. ALLEN, préc., note 548, 256.

⁹⁷³ *R. c. Biniaris*, préc., note 953, par. 24 (soulignements ajoutés); voir aussi *R. c. Beaudry*, préc., note 965, par. 62 « [...] la question de savoir si un verdict est déraisonnable est distincte de celle de savoir si un autre verdict était raisonnable suivant une autre interprétation de la preuve présentée au procès. » (version française des motifs); E. G. EWASCHUK, préc., note 143, n° 23:7022: « *The question is not whether the conviction was the only reasonable verdict; the question is whether it was "a reasonable verdict."* » ; P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR,

C'est le rôle du *juge des faits* du procès et non pas celui d'une cour d'appel de déterminer les faits et donc de décider de l'histoire sur laquelle le droit doit être appliqué : « *Canadian appellate courts have repeatedly pointed out that it is the function of the jury to determine the facts and the court of appeal should not set aside a conviction simply because they would have acquitted the accused.* »⁹⁷⁴ Le fardeau de l'appelant pour démontrer que son verdict est déraisonnable peut ainsi être qualifié de difficile⁹⁷⁵. De façon très simplifiée, Jerome Frank résumait la position dans laquelle se trouve une cour d'appel en ces termes :

« [...] it is the function of the jury to decide which stories are correct — those told by the government witnesses or those of the witnesses for the defense. If the verdict is "guilty," the upper court must pay no attention to the testimony of the defense witnesses, and take as true the testimony of the government witnesses, even if that court suspects that they lied or were mistaken. »⁹⁷⁶

Nous sommes d'avis que le droit en matière d'intervention sur les faits des cours d'appel révèle que ces dernières ne vérifient pas si les faits déterminés au procès sont *exacts*. Elles s'assurent plutôt que le droit a été respecté. Elle vérifie si un *juge des faits* qui respecte les prescriptions du droit quant à la détermination judiciaire des faits (les faits doivent reposer sur la preuve présentée et le bon sens) et quant à l'application du fardeau de preuve (la culpabilité est la seule inférence raisonnable) *aurait pu* arriver au même verdict. Pour évaluer si un *juge de faits* aurait pu arriver à un tel verdict, une cour d'appel a recours à la norme de la raisonnabilité. Cette dernière est la limite au-delà de laquelle une cour d'appel est autorisée à conclure qu'aucun *juge des faits* qui aurait respecté les prescriptions juridiques n'aurait pu rendre un tel verdict. Les interprétations de la preuve étant variées et le bon sens n'étant pas homogènes dans une société plurielle, le *juge des faits* est ainsi libre de prendre toute décision sur les faits dans les limites de la raisonnabilité tant qu'il respecte les prescriptions juridiques.

préc., note 68, par. 3028: « Il en résulte donc qu'un verdict peut être raisonnable même si un autre aurait pu l'être suivant une autre interprétation de la preuve soumise au procès. ».

⁹⁷⁴ R. E. SALHANY, préc., note 944, n° 9.190 (renvois omis).

⁹⁷⁵ S. PENNEY, V. RONDINELLI et J. STRIBOPOULOS, préc., note 142, n° 18.6; expliquant que s'il n'est pas aisé de démontrer que le *juge des faits* ne pouvait pas raisonnablement conclure que l'accusé était coupable, il est encore plus difficile de démontrer qu'aucun *juge des faits* raisonnable n'aurait pu arriver à cette conclusion, voir T. DESJARDINS, préc., note 943, par. 361.

⁹⁷⁶ J. FRANK et B. FRANK, préc., note 51, p. 33.

Une cour d'appel permet donc au *juge des faits*, dans l'éventail des possibilités des décisions *raisonnables* (conformes au bon sens), de sélectionner l'histoire qu'il estime expliquer le mieux (*plausibilité*) la preuve qu'il a décidé de retenir (*couverture*). Elle vérifie ensuite s'il était raisonnable (conforme au bon sens) pour un *juge des faits* de conclure que cette histoire était la seule *vraisemblable*. Si la détermination judiciaire des faits à laquelle le *juge de faits* est parvenu pouvait être atteinte en respectant les prescriptions juridiques, une cour d'appel ne peut pas intervenir légalement, et ce, même si elle entretient un doute « persistant »⁹⁷⁷ sur la culpabilité de l'appelant :

« However, a verdict should not be overturned even if the appellate court itself considers that there is a "lurking doubt" about guilt of that it would have entertained a reasonable doubt. [...] Thus, an accused may appeal against a conviction rendered on weak Crown evidence by the court of appeal will not merely substitute its own view of the evidence for that of the trial court. »⁹⁷⁸

Cette norme d'intervention de la cour d'appel basée sur la raisonabilité du verdict est le principal moyen disponible à un condamné pour demander une révision de la détermination judiciaire des faits à la base de son verdict de culpabilité. Autrement, deux erreurs de fait commises par un juge siégeant seul et consignées à son jugement peuvent aussi permettre l'intervention d'une cour d'appel. Nous survolerons rapidement ces deux autres possibilités d'intervention d'une cour d'appel basées sur les faits.

La norme du verdict déraisonnable demeure néanmoins la seule option d'un accusé qui prétend que son verdict repose sur des faits inexacts lorsque le procès s'est déroulé devant jury.

6.2.2 L'erreur sur les faits consignée au jugement du juge siégeant seul

Considérant que le juge siégeant seul motive son verdict dans un jugement écrit, il est possible pour une cour d'appel d'intervenir dans deux situations : lorsqu'il a commis une

⁹⁷⁷ La notion de « doute persistant » est celle utilisée par la Cour suprême du Canada. Voir notamment *R. c. Biniaris*, préc., note 953, par. 38.

⁹⁷⁸ T. QUIGLEY, préc., note 37, n^{os} 24.2(b)(ii)(B), p. 24-14.1 (soulignements ajoutés); voir aussi E. G. EWASCHUK, préc., note 143, n^o 23:7020; R. E. SALHANY, préc., note 944, n^o 9.220; S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, par. 37:80.10.

erreur déterminante dans les faits retenus ou lorsque le jugement est entaché d'un vice de raisonnement important. Dans le premier cas, la cour d'appel intervient puisqu'il y a « erreur judiciaire » au sens de l'article 686(1)(a)(iii) *C.cr.* alors que dans le second cas, elle déclare le verdict déraisonnable au sens de l'article 686(1)(a)(i) *C.cr.*

Commençons par la première éventualité. Lorsque le juge se trompe purement et simplement sur l'essence de la preuve présentée, il est possible que cela occasionne une erreur judiciaire au sens du *Code criminel* en créant une apparence d'iniquité⁹⁷⁹. Ainsi, même si un *juge des faits* raisonnable *aurait pu* rendre le verdict, il y a iniquité lorsque l'erreur sur les faits joue un rôle essentiel dans le raisonnement ayant mené à la condamnation de l'accusé :

« For a misapprehension of evidence to be material within the meaning of the *Lohrer* test, it must go to a central element of the trial judge's reasoning on which the conviction is based [...] [A]n error in the assessment of the evidence will amount to a miscarriage of justice only if striking it from the judgment would leave the trial judge's reasoning on which the conviction is based on unsteady ground. »⁹⁸⁰

L'erreur judiciaire résulte du fait que la condamnation n'est plus fondée exclusivement sur la preuve présentée, ce qui affecte l'équité du procès⁹⁸¹. Nous croyons que le droit ne permet pas à la cour d'appel d'intervenir sur le choix des faits par le *juge des faits*. Encore une fois, il lui octroie le rôle de vérifier si le *juge des faits* a rempli son mandat conformément au droit, c'est-à-dire en déterminant les faits *exclusivement* à partir de la preuve présentée.

Dans la seconde éventualité, un verdict rendu par un juge seul peut être déraisonnable au sens de l'article 686(1)(a)(i) *C.cr.* même si un *juge des faits* hypothétique *aurait pu* raisonnablement le rendre⁹⁸². Ce cas survient lorsque le raisonnement du juge est illogique ou irrationnel, c'est-à-dire lorsque le juge tire des inférences ou des conclusions de fait qui sont contraires à la preuve qu'il retient nécessairement pour parvenir à son jugement. La

⁹⁷⁹ *R. c. Sinclair*, préc., note 965; *R. c. Lohrer*, préc., note 429; *R. v. Morrissey*, préc., note 138; S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 37:90; P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 3066.

⁹⁸⁰ *R. c. Sinclair*, préc., note 965, par. 56; voir aussi *R. c. Lohrer*, préc., note 429, par. 2.

⁹⁸¹ *R. v. Morrissey*, préc., note 138.

⁹⁸² P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 3025-3026; *R. c. R.P.*, préc., note 957; *R. c. Sinclair*, préc., note 965; *R. c. Beaudry*, préc., note 965. Pour ouvrir la porte à cette nouvelle possibilité, la Cour suprême du Canada a disjoint en 2007 les propositions de cet article du Code criminel qui prévoit l'intervention d'une cour d'appel lorsque le verdict est « déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve » en affirmant qu'un verdict pouvait être déraisonnable même s'il pouvait raisonnablement s'appuyer sur la preuve.

justification de ce nouveau pouvoir d'intervention d'une cour d'appel sur les faits est la suivante :

« No one should stand convicted on the strength of manifestly bad reasons — reasons that are illogical on their face, or contrary to the evidence — on the ground that another judge (who never did and never will try the case) could *but might not necessarily* have reached the same conclusion for *other reasons*. A verdict that was reached illogically or irrationally is hardly made reasonable by the fact that another judge could reasonably have convicted *or acquitted* the accused. I think it preferable by far, where there is evidence capable of supporting a conviction, to order a new trial so that a fresh and proper determination can be made by a real and not hypothetical “other judge”. »⁹⁸³

L'erreur sur l'essence de la preuve et l'erreur de raisonnement sont deux cas permettant l'intervention d'une cour d'appel pour une erreur dans les faits consignée au jugement alors que le verdict à lui seul n'est pas déraisonnable. Puisque dans ces deux situations, un *juge des faits* hypothétique *aurait pu* raisonnablement condamner l'accusé, la cour d'appel saisie du dossier n'a pas le pouvoir d'acquitter l'accusé et doit ordonner un nouveau procès⁹⁸⁴.

Bien que ces cas permettent à une cour d'appel d'intervenir lorsque le *juge des faits* a commis des erreurs sur les faits, nous sommes d'avis que ces pouvoirs d'intervention existent parce que les erreurs sont consignées au jugement et que cela affecte l'apparence d'équité, voire la légitimité, de la condamnation. Comme le juge Fish l'exprime dans le dernier extrait reproduit ci-dessus, les cours d'appel doivent intervenir afin que l'accusé ne soit pas condamné sur la base d'un jugement entaché d'une erreur apparente. Il explique que la culpabilité ne saurait être maintenue simplement parce qu'un *juge des faits* hypothétique *aurait pu*, mais pas nécessairement, arriver au même verdict. Pourtant, en l'absence de jugement écrit, c'est exactement la logique sur laquelle repose la vérification de la raisonnable du verdict. Ce qui dérange la Cour suprême n'est donc pas que la révision des faits par une cour d'appel soit désincarnée du cas d'espèce et basée sur la possibilité pour un

⁹⁸³ *R. c. Beaudry*, préc., note 965, par. 97 (j. Fish, motifs dissidents; soulignements ajoutés) ; en 2011, la Cour suprême du Canada confirme que ces motifs du juge Fish constituent l'état du droit dans *R. c. Sinclair*, préc., note 965.

⁹⁸⁴ S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 37:80.30; T. DESJARDINS, préc., note 943, par. 443; J. SOPINKA et M. A. GELOWITZ, préc., note 947, par. 4.32; T. QUIGLEY, préc., note 37, n° 24.2(b)(ii)(D), p. 24-19.

juge des faits raisonnable hypothétique de conclure à la culpabilité. Il semblerait que ce soit plutôt l'application d'une telle norme lorsque la commission d'une erreur de fait ou de raisonnement par le *juge des faits* est incontestable considérant l'existence d'un jugement dans lequel elle est consignée. L'intervention des cours d'appel résulte ainsi de la présence d'erreurs manifestes dans le processus de détermination des faits qui risquent de déconsidérer l'administration de la justice dans les cas spécifiques où la condamnation en résultant repose sur un jugement aux failles apparentes. Lors du nouveau procès ordonné par les cours d'appel dans de tels cas, un *juge des faits* aura de nouveau la discrétion d'arriver au verdict raisonnable de son choix, tant que son jugement sur les faits ne sera pas vicié par une erreur sur l'essence de la preuve ou par une erreur de raisonnement.

6.2.3 Une relecture narrative du pouvoir d'intervention des cours d'appel et les erreurs judiciaires

Hormis les possibilités d'intervention d'une cour d'appel lorsque le jugement rendu par un juge siégeant seul est entaché de certaines erreurs particulières⁹⁸⁵, nous sommes d'avis que les normes d'intervention prévues par l'article 686(1)(a) *C.cr.* proscrivent toute révision par les cours d'appel de l'histoire que le *juge des faits* a choisi de retenir, tant que cette histoire a été choisie en respectant les prescriptions juridiques. Le rôle d'une cour d'appel se limite donc à vérifier que les règles de droit gouvernant, premièrement, la *présentation* des histoires au procès et, deuxièmement, leur *évaluation* par le *juge des faits* ont bien été respectées.

En premier lieu, la possibilité pour les cours d'appel d'intervenir en cas d'erreur de droit à l'article 686(1)(a)(ii) leur permet d'intervenir dans le cas où le droit ou l'application du droit à l'histoire déterminée par le *juge des faits* est erroné, mais aussi dans le cas d'erreurs relatives aux règles de preuve. Comme dans l'arrêt *Old Chief*⁹⁸⁶, la théorie narrative permet de concevoir les règles de preuve comme un cadre régissant la présentation des histoires au procès :

⁹⁸⁵ Voir *supra*, 6.2.2 L'erreur sur les faits consignée au jugement du juge siégeant seul, p. 238.

⁹⁸⁶ Voir *supra*, p. 118.

« All the rules of evidence — including the notorious "exclusionary rule" — touch on the issue of rule-governed storytelling. The judge must know and enforce these rules. And when stories are culled from the trial record and retold on the appellate level, it is in order to evaluate their conformity to the rules. Appellate courts are not supposed to second-guess the "triers of fact" in the case, but to judge the frameworks in which the verdict was reached. »⁹⁸⁷

En second lieu, même si l'article 686(1)(a)(i) *C.cr.* édicte le pouvoir des cours d'appel de remédier aux erreurs de faits, c'est aussi *le droit* relatif à l'évaluation des faits par le *juge des faits* qui est vérifié plutôt que le bien-fondé de cette évaluation elle-même. Cet article prévoyant l'intervention d'une cour d'appel lorsque le verdict est « déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve » est pourtant le « principal forum permettant à une cour d'appel d'intervenir au niveau de l'appréciation de la preuve effectuée en première instance. »⁹⁸⁸ Considérant que les erreurs judiciaires *factuelles* — celles qui nous intéressent dans le présent mémoire — résultent d'erreurs sur les faits⁹⁸⁹, cette disposition dont seul le condamné peut se prévaloir est présentée par la doctrine et la jurisprudence comme un rempart contre leur avènement⁹⁹⁰. D'ailleurs, le pouvoir d'intervention des cours d'appel canadiennes prévu à cette disposition a été créé de façon statutaire en 1923 sur la base de celui édicté au Royaume-Uni au début du siècle (1907) *en réponse* à la découverte de plusieurs erreurs judiciaires récentes⁹⁹¹.

Pourtant, la principale disposition par laquelle une cour d'appel peut revoir les faits ne lui permet aucunement de remettre en question l'histoire déterminée par le *juge des faits*,

⁹⁸⁷ P. BROOKS, préc., note 150, 21 (soulignements ajoutés); voir aussi *Id.*, 2; P. BROOKS, préc., note 237, 6.

⁹⁸⁸ T. DESJARDINS, préc., note 943, par. 343.

⁹⁸⁹ Voir notre définition d'erreur judiciaire *supra*, p. 25. Voir aussi A. FURGIUELE, préc., note 958, 248.

⁹⁹⁰ Voir *R. c. Burke*, préc., note 957: « *In conferring this power on appellate courts to be applied only in appeals by the accused, it was intended as an additional and salutary safeguard against the conviction of the innocent.* »; voir aussi S. PENNEY, V. RONDINELLI et J. STRIBOPOULOS, préc., note 142, n° 18.1; Tricia K. BARRY, « What Happened in *R. v. Beaudry*? A Perspective on the "Reconsideration" of the Standard for Appellate Intervention under Section 686(1)(a)(i) », (2008) 12 *Rev. Can. Droit Pénal* 1, 23; A. FURGIUELE, préc., note 958, 243; Sangha, Moles et Roach sont d'avis qu'à leur face même, les dispositions d'appel canadiennes donnent aux cours d'appel le mandat de corriger les erreurs judiciaires en y référant expressément. Voir B. SANGHA, R. MOLES et K. ROACH, préc., note 8, p. 167.

⁹⁹¹ A. FURGIUELE, préc., note 958, 238; B. SANGHA, R. MOLES et K. ROACH, préc., note 8, p. 95; voir aussi Benjamin L. BERGER, « Criminal Appeals as Jury Control: An Anglo-Canadian Historical Perspective on the Rise of Criminal Appeals », (2006) 10 *Rev. Can. Droit Pénal* 1.

même si elle est d’avis que cette histoire n’est pas représentative de la Vérité au point où il existe un risque d’erreur judiciaire factuelle. Tel qu’expliqué précédemment⁹⁹², une fois qu’une histoire *vraisemblable* a été choisie par le *juge des faits*, le droit ne permet pas à une cour d’appel d’intervenir si elle juge que l’histoire, bien que *vraisemblable*, n’aurait pas dû être retenue puisqu’il existait une autre histoire *vraisemblable* et compatible avec l’innocence⁹⁹³.

Des auteurs ont ainsi suggéré que la création par la Cour suprême du Canada en 2007 de la possibilité pour les cours d’appel d’intervenir lorsque le verdict repose sur un vice de raisonnement visait à augmenter leurs pouvoirs d’intervention afin de contourner l’importante déférence qu’impose le test de la raisonnabilité du verdict :

« It is not hard to imagine, however, why [Fish J.] takes this approach to the evidence [in *Beaudry*]. The usefulness of section 686(1)(a)(i), as a tool to guard against wrongful convictions, is restricted by the deference owed to a jury or trial judge's verdict. »⁹⁹⁴

Pourtant, cette nouvelle norme d’intervention ne permet pas davantage à une cour d’appel d’intervenir dans les cas où elle est d’avis qu’un scénario compatible avec l’innocence est *vraisemblable*. Rappelons que cette norme permet l’intervention de la cour d’appel lorsque les motifs d’un juge siégeant seul sont entachés d’un vice de raisonnement. Il est possible que dans les cas où le verdict repose sur un raisonnement erroné, le juge aurait pu conclure à la *vraisemblance* de l’histoire compatible avec l’innocence s’il n’avait pas commis d’erreur de raisonnement. Néanmoins, il est tout aussi possible que la majorité des cas où l’histoire compatible avec l’innocence est *vraie* mais n’est pas jugée *vraisemblable* ne sont pas rendus par des juges siégeant seuls ayant commis une erreur de raisonnement. Le lien entre le remède — le nouveau pouvoir d’intervention lorsqu’un vice de raisonnement entache un jugement — et les maux — les erreurs judiciaires factuelles — est loin d’être direct.

Pour qu’il y ait une révision des faits permettant de vérifier s’il y a une erreur judiciaire factuelle, il faut qu’il y ait une analyse de la conformité entre l’histoire sous-tendant le verdict

⁹⁹² Voir *supra*, p. 233.

⁹⁹³ En fait, une cour d’appel ne peut pas intervenir même si elle juge que l’histoire impliquant la culpabilité n’était pas vraisemblable, tant qu’il était raisonnablement *possible* de conclure à sa vraisemblance.

⁹⁹⁴ T. K. BARRY, préc., note 990, 20.

de culpabilité et la Vérité, c'est-à-dire une vérification que le *juge des faits* a effectivement atteint la vérité-correspondance. Cependant, tout comme pour le *juge des faits* du procès, le droit n'octroie aucun outil aux juges des cours d'appel pour qu'ils soient en mesure de vérifier la véracité de l'histoire retenue en première instance. La cour d'appel évalue elle aussi le caractère *plausible* de l'histoire retenue suivant la preuve présentée (*couverture*) à partir du dossier tel que constitué en première instance. La croyance voulant que si un innocent est condamné, le tribunal siégeant en appel est en mesure de s'en apercevoir et d'intervenir est ce que Jerome Frank a appelé le « *Upper Court Myth* » :

« For the upper court, on an appeal, knows no more than did the jury and the trial judge that, for instance, the police had not run down leads favorable to the accused, or that the prosecutor concealed evidence damaging to the case against the accused, or that a witness made a mistake in identifying the accused as the criminal. »⁹⁹⁵

Puisque le droit prescrit qu'un verdict n'est pas déraisonnable s'il s'appuie raisonnablement sur la preuve présentée, un verdict n'est pas déraisonnable s'il repose sur une preuve présentée au procès qui pouvait être retenue par le *juge des faits* suivant quelque interprétation raisonnable que ce soit, même si cette preuve est en réalité inexacte. Cette norme de déférence importante permet d'expliquer en partie l'invisibilité de l'innocence des exonérés américains lors de leurs démarches post-condamnation. Rappelons que l'étude des cas des exonérés révèle qu'ils ont dans l'ensemble été condamnés sur la base d'une histoire *vraisemblable*, c'est-à-dire une histoire *plausible* qui émanait effectivement de la preuve présentée (*couverture*)⁹⁹⁶. Leur verdict s'inscrivait donc amplement à l'intérieur des normes de la raisonnabilité.

Garrett évalue le taux de renversement des verdicts de culpabilité des exonérés par le biais de l'appel ou d'autres procédures post-condamnations à 13 %, un taux usuel pour la catégorie de crime dans laquelle ils s'inscrivent (meurtres et agressions sexuelles)⁹⁹⁷. Après l'étude des jugements écrits rendus lors des procédures post-condamnations des exonérés (165), il constate que le tiers de ces décisions (55) ne rapporte aucune contestation par le

⁹⁹⁵ J. FRANK et B. FRANK, préc., note 51, p. 33.

⁹⁹⁶ Voir *supra*, p. 166.

⁹⁹⁷ B. GARRETT, préc., note 15, p. 183, 184 et 198.

condamné de l'exactitude de la preuve erronée qui supporte sa condamnation⁹⁹⁸. Nous suggérons que les exonérés n'ont pas plaidé que ces preuves n'auraient pas dû être retenues par le *juge des faits* en raison de leur inexactitude parce qu'un tel « problème » de correspondance entre les faits retenus et la Vérité ne permet simplement pas à une cour d'appel d'intervenir. Le seul moyen d'attaquer une preuve incriminante inexacte est de contester son admissibilité en droit⁹⁹⁹. Alors que la totalité des preuves contestées par les 165 exonérés ayant obtenu un jugement écrit lors d'une procédure post-condamnation était inexacte, seuls 21 d'entre eux se sont vus ordonner un nouveau procès en raison d'une erreur de droit relative à cette preuve (13 %). Cela est logique : l'admissibilité de la preuve en droit n'a pas de lien direct avec son exactitude. Une preuve inexacte peut tout à fait avoir été recueillie de façon constitutionnelle, être pertinente et n'être visée par aucune règle d'exclusion spécifique. Voici les données relatives aux exonérés ayant contesté la preuve les incriminant faussement à leur procès dans une procédure post-condamnation :

« Of the 124 exonerees who were convicted on the basis of an eyewitness identification and obtained a judge's written decision, only 56% challenged the eyewitness identification (70 of 124), Only 7% were successful (5 of 70 cases), Similarly, only 32% of those who had forensic evidence at trial challenged the forensic evidence (36 of 112 cases) and 17% succeeded (6 of 36 cases). Only 36% challenged informant testimony (16 of 45 cases) and 25% succeeded (4 of 16). The largest proportion 59%, challenged false confessions (13 of 22 cases), but only 8% had any success (just 1 of 13 cases). »¹⁰⁰⁰

Sur les 21 cas s'étant vus ordonner un second procès, seulement 15 l'ont subi puisque 6 d'entre eux se sont fait exonérer par un test ADN avant le nouveau procès. Les 15 exonérés ayant subi un deuxième procès ont tous été trouvés coupables à nouveau¹⁰⁰¹. L'histoire de la culpabilité était ainsi la seule histoire *vraisemblable* pour le premier *juge des faits* comme pour le second. Les *juges des faits* ne sont pas les seuls à n'avoir vu que des coupables parmi les

⁹⁹⁸ *Id.*, p. 184.

⁹⁹⁹ Le droit permet de contester l'admissibilité d'une preuve suivant les règles de droit de la preuve, le droit constitutionnel, les instructions aux jurés administrées relativement à cette preuve, le défaut de l'avocat de la défense d'attaquer la validité de la preuve en première instance, une divulgation tardive de la preuve par le procureur de l'État, etc.

¹⁰⁰⁰ B. GARRETT, préc., note 15, p. 184-185.

¹⁰⁰¹ *Id.*, p. 197. Deux (2) des quinze (15) exonérés ont en réalité subi trois (3) procès avant d'être exonérés par un test ADN.

exonérés. Dans 62 % des décisions post-condamnations écrites (102 des 165), les juges ont soit qualifié la culpabilité du condamné d'apparente, soit conclu que le verdict de culpabilité aurait été rendu nonobstant la ou les différentes erreurs soulevées par l'appelant¹⁰⁰².

Même si l'étude des cas des exonérés est américaine, ses conclusions sont applicables au Canada. Le professeur canadien Kent Roach est d'avis que cette étude révèle que d'invoquer une erreur de droit en appel n'est pas un moyen efficace d'assurer une révision qui permet de remédier aux erreurs judiciaires factuelles¹⁰⁰³. Effectivement, elle démontre que ce n'est pas parce qu'un verdict est atteint en l'absence de toute erreur de droit ou d'irrégularités procédurales révisables suivant le droit qu'il est forcément factuellement exact¹⁰⁰⁴. Toutefois, l'appel le plus favorisé par le législateur est celui portant sur une erreur de droit. En ce qui a trait au choix des faits par le *juge des faits*, les cours d'appel ne possèdent aucun pouvoir de révision, sauf lorsque le verdict qui en résulte dépasse les normes de la raisonnable¹⁰⁰⁵. Une relecture narrative du droit de l'appel révèle par ailleurs que le verdict ne saurait être déraisonnable lorsque de la preuve incriminante inexacte supporte une histoire *plausible* impliquant la culpabilité de l'accusé (*couverture*).

Le législateur n'a octroyé aux cours d'appel ni les moyens de vérifier si les faits déterminés par le *juge des faits* correspondent à la Vérité ni la compétence d'intervenir si le dossier tel que constitué en première instance lui permet de douter que ces faits correspondent à la Vérité. Un verdict reposant sur une histoire qui ne correspond pas à la Vérité est valide juridiquement et sera sanctionné par les instances supérieures tant qu'il n'est pas déraisonnable eu égard à la preuve présentée au procès (et, s'il y a lieu, qu'il n'y a pas d'erreur déterminante sur les faits ou de vice de raisonnement consigné au jugement). La vision traditionnelle peine à expliquer pourquoi un verdict peut ainsi reposer sur des faits inexacts

¹⁰⁰² *Id.*, p. 202.

¹⁰⁰³ B. SANGHA, R. MOLES et K. ROACH, préc., note 8, p. 104; K. ROACH, préc., note 22, 435.

¹⁰⁰⁴ Sur le fait que la présence d'erreurs de droit est distincte du caractère exact du verdict, voir L. LAUDAN, préc., note 85, p. 210.

¹⁰⁰⁵ Cela est aussi vrai aux États-Unis. Sur le fait que les normes de révision établies par les cours d'appel américaines sont davantage favorables aux revendications qui n'ont pas trait à la culpabilité ou l'innocence factuelle, voir William J. STUNTZ, « The Uneasy Relationship between Criminal Procedure and Criminal Justice », (1997) 107 *Yale Law J.* 1, 61-62.

tout en étant valide juridiquement, d'où la dichotomie persistante entre la culpabilité factuelle et judiciaire¹⁰⁰⁶.

De notre point de vue, que le système soit construit de manière à confirmer des verdicts *factuellement inexacts* tant qu'ils reposent sur des faits qui émanent exclusivement et raisonnablement de la preuve présentée démontre que la visée épistémique de la détermination judiciaire des faits a été atteinte de manière satisfaisante dans un tel cas. Concrètement, puisqu'une cour d'appel ne vérifie pas l'exactitude de l'histoire choisie par le *juge des faits*, mais plutôt la raisonnablement de sa conclusion voulant que la preuve présentée la soutient (*couverture*), qu'elle est *plausible* et qu'il s'agit de la seule *vraisemblable*, la révision effectuée par la cour d'appel se limite à vérifier que le *juge des faits* a bien atteint une vérité-systémique. Affirmer que le verdict doit reposer sur la vérité-correspondance est une exigence extrinsèque à ce que le droit demande au *juge des faits* et à ce que le système judiciaire tel que construit exige de la détermination judiciaire des faits pour la valider :

« [...] we can see the problems of asking, in the Frank tradition, whether and can the jury get it right. The only way we can answer that question is by seeing whether the criteria in the trial have been followed: to use any other criteria would be judging it by reference to another truth-certifying procedure. This is why jury verdicts are so difficult to overturn except if the jury perversely does not decide according to the evidence. It is not a question of whether the jury, in some absolute way, get it right but whether they fulfil their allotted role in the system. »¹⁰⁰⁷

Les cours d'appel ne s'assurent pas que la détermination judiciaire des faits a atteint la vérité-correspondance. Si c'était le cas, un seul verdict serait acceptable ou, plus précisément, valide juridiquement, ce qui n'est pas l'état du droit¹⁰⁰⁸. Ce dernier droit prévoit que l'intervention d'une cour d'appel n'est pas justifiée « même si un autre [verdict] aurait pu [...] être [raisonnable] suivant une autre interprétation de la preuve soumise au procès. »¹⁰⁰⁹ Le rôle

¹⁰⁰⁶ Larry Laudan souligne qu'un verdict factuellement faux peut être jugé valide en droit par les instances supérieures. Voir L. LAUDAN, préc., note 85, p. 11-12.

¹⁰⁰⁷ Zenon BANKOWSKI, « The Value of Truth: Fact Scepticism Revisited », (1981) 1-3 *Leg. Stud.* 257, 266 (soulignements ajoutés).

¹⁰⁰⁸ E. G. EWASCHUK, préc., note 143, n° 23:7022: « *The question is not whether the conviction was the only reasonable verdict; the question is whether it was "a reasonable verdict."* ».

¹⁰⁰⁹ P. BELIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 68, par. 3028; voir aussi R. c. *Beaudry*, préc., note 965, par. 62.

des cours d'appel se limite à vérifier que le *juge des faits* a atteint une des vérité-systémiques qui pouvaient être atteintes dans le cas d'espèce.

L'importance que le système judiciaire accorde à ce que le jugement sur les faits repose sur une interprétation cohérente et plausible de la preuve présentée (une vérité-systémique) plutôt qu'à sa conformité avec la Vérité (la vérité-correspondance) est aussi apparente du droit très restreint de présenter une preuve nouvelle en appel¹⁰¹⁰. La vision traditionnelle explique difficilement la réticence du législateur à ce que des preuves qui n'ont pas été considérées en première instance soient admises en appel, puisque de telles preuves ne peuvent que contribuer à vérifier davantage l'exactitude des faits déterminés en première instance. La plupart des auteurs vont justifier cette limitation par des objectifs concurrents que le système judiciaire vise dans sa globalité comme l'économie des ressources, la célérité ou encore la certitude juridique. Nous croyons que cette limitation est toutefois entièrement cohérente avec le fait que seule l'atteinte d'une vérité-systémique, donc limitée à la preuve présentée lors du procès, est requise pour qu'un verdict soit acceptable, et donc, valide.

Traditionnellement en *common law*, la grande déférence accordée au jugement sur les faits par les instances de révision est justifiée par la position privilégiée de celui qui a pu entendre et observer les témoins pour se forger une opinion de la véracité des témoignages :

« Iacobucci J., dissenting in part in *Belnavis, supra*, at para. 76, explained cogently the rationale for deference to the findings of trial judges:

The reasons for this principle of deference are apparent and compelling. Trial judges hear witnesses directly. They observe their demeanour on the witness stand and hear the tone of their responses. They therefore acquire a great deal of information which is not necessarily evident from a written transcript, no matter how complete. Even if it were logistically possible for appellate courts to re-hear witnesses on a regular basis in order to get at this information, they would not do so; the sifting and weighing of this kind of evidence is the particular expertise of the trial court. The further up the appellate chain one goes, the more of this institutional expertise is lost and the greater the risk of a decision which does not reflect the realities of the situation. »¹⁰¹¹

¹⁰¹⁰ B. SANGHA, R. MOLES et K. ROACH, préc., note 8, p. 112.

¹⁰¹¹ *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 46; voir aussi S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 30:30.10; A. E. POPPLE, préc., note 112, p. 55.

La Cour suprême du Canada énonce ainsi que le *juge des faits* a un avantage particulier par rapport à une cour d'appel¹⁰¹² puisque cette dernière révisé le procès uniquement à partir de ses transcriptions¹⁰¹³. L'importance de l'observation des témoins en salle de cour justifie plusieurs autres règles de preuve, notamment la prohibition du ouï-dire¹⁰¹⁴. Les études empiriques démontrent néanmoins que l'observation de l'attitude d'un témoin ne permet pas au *juge des faits* de tirer une conclusion plus exacte sur le caractère vrai de son témoignage :

« Recall that the research found also that the opportunity to observe the communicator does not contribute to the accuracy of deceit detection. Reading a transcript of the statement or hearing an audio recording of it has been found to be at least as accurate, and even more accurate, than viewing the communicator firsthand. This finding suggests that appellate and postconviction judges are in no disadvantage relative to courtroom factfinders when it comes to assessing the veracity of the testimony. It follows that this perceived disadvantage ought not to prevent these judges from intervening in factual findings made by trial courts. »¹⁰¹⁵

Certains auteurs affirment que la position privilégiée du *juge des faits* n'est pas la véritable explication de l'importante déférence des cours d'appel envers les conclusions du *juge des faits*. Cette déférence reposerait plutôt sur « la présomption d'aptitude à juger »¹⁰¹⁶, c'est-à-dire la « présomption selon laquelle les juges de première instance sont tout aussi aptes que les juges d'appel à apporter des solutions justes aux litiges »¹⁰¹⁷. La Cour suprême du Canada a

¹⁰¹² Voir *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; T. QUIGLEY, préc., note 37, n° 24.2(b)(ii)(B), p. 24-14; E. G. EWASCHUK, préc., note 143, n° 23:7022; S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 37:80.10; A. T. TUFTS, préc., note 136 à la page 643; A. FURGIUELE, préc., note 958, 242; M. D. RISINGER, préc., note 11, 1314.

¹⁰¹³ T. QUIGLEY, préc., note 37, n° 24.1, p. 24-4; voir aussi J. FRANK, préc., note 59, p. 23.

¹⁰¹⁴ S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 30:30.10.

¹⁰¹⁵ D. SIMON, préc., note 35, 216-217; voir aussi S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 31, n° 30:30.10; P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 90, 299-300; R. J. ALLEN et B. LEITER, préc., note 90, 1539 et suiv.

¹⁰¹⁶ L'expression des auteurs est *presumption of fitness*. Voir R. P. KERANS et K. M. WILLEY, préc., note 952, p. 141.

¹⁰¹⁷ *Housen c. Nikolaisen*, préc., note 942 (version française des motifs); voir aussi R. P. KERANS et K. M. WILLEY, préc., note 952, p. 1: « *Appeal courts limit review because they have confidence in the capacity of first judges to do justice and see no need to repeat their work. We shall, in this work, refer to this principle as the presumption of fitness.* ».

reconnu que cette présomption était au moins *une* des raisons fondamentales de leur retenue à l'égard des conclusions de faits atteintes en première instance¹⁰¹⁸.

Ainsi, en établissant la norme d'intervention des cours d'appel sur les faits à celle de la déraisonnabilité, le législateur a décidé que le verdict auquel un *juge des faits* raisonnable pouvait arriver, peu importe sa correspondance avec la Vérité, constituait une solution suffisamment « juste » — suivant le terme utilisé par la Cour suprême du Canada — pour être juridiquement valide. En développant le droit en matière de verdict déraisonnable, les tribunaux ont par ailleurs précisé qu'un verdict pouvait être « juste » même si ce n'était pas le *seul* verdict « juste » qu'un *juge des faits* raisonnable aurait pu y apporter. Le droit tel qu'établi par le législateur et les tribunaux est ainsi à l'effet qu'une détermination judiciaire des faits « suffisante »¹⁰¹⁹, ou « juste », n'est pas celle qui atteint *la* vérité-correspondance — comme l'avance la vision traditionnelle benthamienne du procès — mais plutôt celle qui atteint *une* vérité-systémique.

¹⁰¹⁸ Voir *Housen c. Nikolaisen*, préc., note 942.

¹⁰¹⁹ Voir *supra*, p. 225.

Conclusion

Le droit stipule clairement que le principal moyen pour une cour d'appel canadienne de réviser les erreurs de fait commises en première instance, l'analyse de la raisonnable du verdict, ne lui permet pas d'intervenir lorsqu'elle doute de la culpabilité d'un appelant¹⁰²⁰. Les limitations concrètes à la possibilité de remédier aux erreurs judiciaires qu'implique une telle norme d'intervention sont particulièrement illustrées par le cas des exonérés américains. Considérant la preuve présentée à leur procès, aucun de leur verdict n'était *déraisonnable* au sens que le requiert le droit canadien pour justifier l'intervention d'une cour d'appel. L'ancien juge Kaufman, dans son rapport sur l'erreur judiciaire de Guy Paul Morin, a recommandé que le droit soit modifié de manière à ce que les cours d'appel puissent intervenir lorsqu'elles ont un « doute persistant » sur le bien-fondé du verdict¹⁰²¹. Une autre avenue parfois envisagée est de s'inspirer des modifications législatives du Royaume-Uni¹⁰²² qui ont permis l'intervention des cours d'appel lorsqu'elles jugent le verdict *insatisfaisant* ou *non sécuritaire*¹⁰²³, des termes effectivement plus souples que l'actuelle norme canadienne de la *déraisonnabilité*¹⁰²⁴.

Adopter la norme d'intervention du doute persistant permettrait à une cour d'appel d'intervenir sur les faits lorsque, contrairement au *juge des faits*, elle a un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé. Suivant la théorie narrative, cela signifie que les cours d'appel canadiennes seraient dorénavant habilitées à revoir et à juger du bien-fondé de l'évaluation du fardeau de preuve par le *juge des faits* en vérifiant si une histoire compatible avec l'innocence de l'accusé et *plausible* émanait de la preuve présentée au procès (*couverture*). Quoiqu'une telle norme permettrait aux cours d'appel d'intervenir sur le choix de l'histoire effectué par le *juge des faits* — ce qui n'est actuellement pas le cas — il demeurerait néanmoins nécessaire

¹⁰²⁰ Voir *supra*, p. 235.

¹⁰²¹ Il s'agit de la recommandation 87 du juge Kaufman dans F. KAUFMAN, préc., note 43, p. 30 des recommandations; voir aussi B. SANGHA, R. MOLES et K. ROACH, préc., note 8, p. 97.

¹⁰²² M. D. RISINGER, préc., note 11, 1313 et suiv.

¹⁰²³ Notre traduction de « *unsatisfactory* » et « *unsafe* ». Voir J. SOPINKA et M. A. GELOWITZ, préc., note 947, par. 4.3; B. SANGHA, R. MOLES et K. ROACH, préc., note 8, p. 97; A. FURGIUELE, préc., note 958, 252.

¹⁰²⁴ Le fait que les termes soient plus souples ne signifie pas forcément que l'application par les cours d'appel de cette disposition est plus souple. Voir A. FURGIUELE, préc., note 958, 256.

que la preuve présentée au procès soutienne une histoire alternative *plausible* et compatible avec l'innocence de l'accusé. Cette norme du doute persistant n'aurait généralement rien changé à l'invisibilité de l'innocence des exonérés avant leur test ADN.

Rappelons que la plupart des dossiers des exonérés ne soulevaient aucun doute raisonnable au procès¹⁰²⁵, que les tribunaux siégeant en révision de leurs verdicts ont dans l'ensemble qualifié de convaincante la preuve de culpabilité et que tous les exonérés qui ont subi un second procès, parfois même un troisième, ont été trouvé coupables de nouveau hors de tout doute raisonnable¹⁰²⁶. La théorie narrative du procès permet d'expliquer pourquoi. Outillés de leur seul bon sens, les *juges des faits* comme les juges d'appel ne peuvent qu'identifier l'histoire la plus *vraisemblable* et non pas la plus *vraie*. Il est ainsi possible de croire qu'en général, la preuve présentée au procès des exonérés n'était pas suffisante pour soutenir une histoire compatible avec leur innocence. Rappelons que, pour être considérée par un *juge des faits*, la preuve au soutien de cette histoire doit exister, être recherchée, trouvée puis présentée le jour du procès¹⁰²⁷. Dans le cas des exonérés où une preuve au soutien d'une histoire compatible avec l'innocence a effectivement été présentée, l'invisibilité de l'innocence des exonérés permet de croire que cette histoire n'était dans tous les cas pas suffisamment *plausible* pour créer un doute qui soit *raisonnable* au sens requis par le droit. Les raisons peuvent être multiples : d'un manque de cohérence interne causée par l'absence de pertinence juridique de certains éléments essentiels à l'histoire jusqu'à un manque de partage des représentations sociales nécessaires à sa *plausibilité*¹⁰²⁸. Qui plus est, dans les cas où l'histoire *plausible* de la Couronne était supportée par de la preuve inexacte, sa *vraisemblance* en était inévitablement augmentée puisqu'elle était la seule histoire à expliquer cette preuve. En diminuant la *couverture* de l'histoire de l'exonéré, incapable de l'expliquer, la preuve erronée creusait l'écart entre sa *vraisemblance* et celle de l'histoire de la Couronne, confortant ainsi le *juge des faits* dans la *vraisemblance* de cette dernière (caractère *unique*)¹⁰²⁹.

¹⁰²⁵ Voir *supra*, p. 166.

¹⁰²⁶ Voir *supra*, p. 242.

¹⁰²⁷ Voir *supra*, 3.2.2 Une relecture narrative du processus judiciaire, p. 97.

¹⁰²⁸ Voir *supra*, 3.2.1 Une relecture narrative de la détermination judiciaire des faits, p. 84.

¹⁰²⁹ Voir *supra*, 4.1 — La preuve inexacte, p. 146.

Certains auteurs sont d'avis que les erreurs judiciaires révélées par la révolution ADN devraient inciter le législateur à élargir les normes d'intervention de manière à ce que les cours d'appel s'assurent de l'*exactitude* des jugements plutôt que de limiter leur vérification à leur *raisonnabilité*¹⁰³⁰. Nous sommes d'avis qu'une contre-vérification en appel de l'*exactitude* factuelle des jugements rendus en première instance suppose une institution radicalement différente de celle qui existe actuellement. La théorie narrative révèle qu'il est inhérent au système judiciaire tel que le droit en prescrit l'opération de ne permettre ni à la détermination judiciaire des faits d'atteindre la vérité-correspondance ni aux cours d'appel de vérifier si elle a effectivement été atteinte en première instance. La suggestion d'élargir les normes d'intervention en appel ressemble aux propositions des auteurs discutées précédemment pour réformer certains pans du procès de manière à augmenter l'exactitude factuelle des jugements¹⁰³¹. Rappelons que les modifications proposées sont pour la plupart parcellaires. Elles ne permettraient d'accroître l'exactitude factuelle que dans certaines circonstances particulières et elles s'inscriraient par ailleurs en contradiction avec la structure du système judiciaire considéré dans son ensemble. Dans le même ordre d'idées, octroyer aux cours d'appel le pouvoir de contre-vérifier l'exactitude factuelle des jugements de première instance alors que la détermination judiciaire des faits n'est pas conçue de manière à maximiser cette exactitude paraît incohérent.

L'élargissement du pouvoir d'intervention des cours d'appel aurait par ailleurs pour effet de modifier le rôle de l'appel dans le système judiciaire contradictoire¹⁰³². La limitation à la révision des faits en appel confère un caractère final aux verdicts, permettant d'éviter que l'appel se transforme en un second procès¹⁰³³. La finalité des verdicts remplit une fonction symbolique indéniable en conférant de la légitimité au processus de détermination judiciaire des faits mené lors d'un procès public et *unique* :

¹⁰³⁰ Voir à titre d'exemple C. SPERLING, préc., note 745 à la page 156; K. ROACH, préc., note 22, 428; B. GARRETT, préc., note 17, 107.

¹⁰³¹ Voir *supra*, p. 172 et suivants. Voir aussi *supra*, p. 181.

¹⁰³² C'est aussi l'avis des auteurs R. P. KERANS et K. M. WILLEY, préc., note 952, p. 36.

¹⁰³³ Le système judiciaire canadien ne prévoit pas d'appels *de novo*. Voir *Id.*, p. 2 et 15. Rappelons que l'appel est avant tout le procès du jugement. Voir *supra*, p. 226.

« The criminal trial is a unique and essentially unrepeatable public event. Guilty verdicts conveying moral censure and imposing serious penalties (up to and including loss of liberty) are authenticated by the lay jury's seal of approval after the proper order of process has been observed. Appellate tribunals cannot recreate the events of a trial. [...] The judges' intuitive grasp of the deeper significance of the criminal trial — which may be characterized as a pivotal moment in which a community forges its moral and political identity — may be part of the explanation for appellate court deference to jury verdicts, rather than self abnegating submission to lay fact-finding or misplaced faith in witness demeanour as the authentic barometer of credibility. »¹⁰³⁴

La vision traditionnelle du procès suppose que le système judiciaire contemporain poursuit simultanément et de façon efficace son but social de résolution des conflits et l'atteinte de la vérité-correspondance par son processus de détermination judiciaire des faits. Selon nous, la révolution ADN invite à remettre en question l'harmonie que la vision traditionnelle suggère entre ces deux objectifs. Les auteurs s'étant penchés sur la conception procéduraliste du procès arrivent généralement à la conclusion que le système est construit de manière à favoriser la résolution équitable des conflits au détriment de la véracité des verdicts qui en résultent. En opposant ces deux objectifs, la conception procéduraliste suggère que la poursuite d'un des objectifs sacrifie inévitablement l'atteinte de l'autre¹⁰³⁵. Suivant cette perspective, les erreurs judiciaires résultent d'un système qui favorise l'équité procédurale par rapport à l'exactitude factuelle.

Nous sommes d'avis que la théorie narrative du procès permet d'éviter l'impasse de l'opposition stérile entre ces deux objectifs en offrant une approche alternative. Le bien-fondé de la prétention traditionnelle que le procès permet de poursuivre simultanément et avec succès ces deux objectifs était difficile à analyser en raison de l'absence d'une vision globale du traitement judiciaire des faits et d'une théorie générale de la preuve permettant d'articuler les différents concepts au cœur de la preuve judiciaire. Selon nous, la théorie narrative du

¹⁰³⁴ P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 91 (soulignements ajoutés); la finalité des jugements crée au minimum une « vérité judiciaire » qui ne peut plus être discutée dans l'arène judiciaire, permettant de conférer un caractère exécutoire aux décisions et ainsi de remplir des fonctions éducatives et dissuasives. Voir Arye RATTNER, « The Sanctity of Criminal Law: Thoughts and Reflection on Wrongful Conviction in Israel », dans C. Ronald HUFF et Martin KILLIAS (dir.), *Wrongful Conviction: International Perspectives on Miscarriages of Justice*, Philadelphia, Temple University Press, 2008, p. 263 à la page 265.

¹⁰³⁵ Voir notamment D. K. BROWN, préc., note 23, 1609; Mirjan R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Yale University Press, 1986, p. 123.

procès et la théorie explicative de la preuve comblent respectivement ces vides. En dépeignant fidèlement le droit et la réalité de la pratique qui découle de l'application de ce droit, ces théories mettent en lumière que la détermination judiciaire des faits telle que prescrite par le droit n'est simplement pas en mesure d'atteindre la vérité-correspondance, et ce, même en supposant que le processus judiciaire tel que constitué atteint efficacement son but de résolution des conflits¹⁰³⁶. Que la détermination judiciaire des faits vise l'atteinte d'une vérité-systémique permet d'expliquer les erreurs judiciaires révélées par la révolution ADN. En fait, suivant une telle perspective, les « erreurs » judiciaires n'en sont pas réellement, puisque le processus de détermination judiciaire des faits n'est pas conçu de manière à atteindre la vérité-correspondance. En l'absence d'un système constitué de façon à déterminer la vérité-correspondance, ne pas l'atteindre dans certains cas particuliers n'est pas une « erreur » : il s'agit de l'opération normale d'un système à visée épistémique dont l'opération permet de produire une vérité-systémique.

Il est possible qu'un système judiciaire poursuivant efficacement et de façon simultanée les objectifs de résolution des conflits et l'atteinte de la vérité-correspondance par son processus de détermination des faits puisse être créé. Il est aussi possible que le système judiciaire actuel, dont la détermination judiciaire des faits permet d'atteindre une vérité-systémique lors d'un procès qui tente d'assurer une résolution des conflits, soit le système maximisant le plus la poursuite simultanée de ces deux objectifs. Rappelons qu'il est possible que la vérité-systémique actuellement atteinte corresponde par ailleurs la plupart du temps à la Vérité¹⁰³⁷. Dans un tel cas, l'atteinte d'une vérité-systémique pourrait être satisfaisante considérant la multiplicité des objectifs que le système judiciaire dans lequel elle s'inscrit poursuit dans son entièreté¹⁰³⁸. Rappelons aussi qu'en départageant les objectifs multiples du système judiciaire du but purement épistémique poursuivi par le *juge des faits*, le système judiciaire n'apparaît plus comme une institution qui échoue dans son mandat de déterminer la

¹⁰³⁶ L'atteinte de ce but n'est ni analysé ni tenu pour acquis dans le présent mémoire. Les auteurs ayant analysé le procès sous son angle procéduraliste et que nous avons abordés au chapitre 5 traitent plus particulièrement de cette question (p. 201).

¹⁰³⁷ Voir *supra*, p. 216.

¹⁰³⁸ Le système judiciaire poursuit de nombreux objectifs. Voir *supra*, p. 19.

vérité-correspondance : la détermination judiciaire des faits est un processus qui vise à atteindre et qui atteint effectivement une vérité-systémique¹⁰³⁹.

Tant que le bon sens sera l'outil que le droit confèrera au *juge des faits* pour qu'il détermine judiciairement les faits, certaines histoires *plausibles* seront davantage *vraisemblables* que les histoires *vraies* et la détermination judiciaire des faits ne pourra prétendre atteindre à tout coup la vérité-correspondance. Il semblerait qu'il soit commun à virtuellement toutes les sociétés humaines de créer un lieu pour résoudre les disputes de façon à briser le cercle de vengeance et d'une façon qui soit en accord avec le « bon sens » de ladite culture¹⁰⁴⁰. Le droit canadien, en prescrivant expressément au *juge des faits* de déterminer les faits suivant son bon sens, ne se distingue pas des autres à cet égard. Il est ainsi possible de penser que la conformité du jugement aux représentations sociales dominantes constitue un élément plus essentiel au système judiciaire qu'il ne paraît à première vue.

Il est aussi possible de soulever l'hypothèse que de faire primer les histoires *vraisemblables* sur les histoires *vraies* au sein du système judiciaire remplisse une fonction sociale non négligeable¹⁰⁴¹. Le fait que les différents acteurs du système altèrent et réinterprètent tour à tour les histoires en compétition suivant leurs représentations sociales peut conférer de la légitimité au processus judiciaire lui-même¹⁰⁴². Ces multiples retransmissions imposées aux histoires font en sorte que celle ultimement sélectionnée par le *juge des faits* est généralement conforme aux représentations sociales de la majorité des intervenants ayant participé à sa construction¹⁰⁴³. Les aspects de l'histoire qui ne sont pas conformes au bon sens d'un des intermédiaires étant forcément mis de côté comme peu plausible par celui-ci avant qu'il ne retransmette l'histoire au prochain intermédiaire. L'institution du jury est d'ailleurs un emblème du procès contradictoire parce qu'elle est

¹⁰³⁹ Voir *supra*, p. 215.

¹⁰⁴⁰ J. S. BRUNER, préc., note 220, p. 46.

¹⁰⁴¹ Quoique sa thèse s'inscrit dans une perspective entièrement différente de celle du présent mémoire, cet auteur illustre une dichotomie intéressante entre les verdicts probablement vraies et les verdicts acceptables. Voir Charles NESSON, « The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts », (1985) 98-7 *Harv. Law Rev.* 1357.

¹⁰⁴² L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 334: « [...] *coherent narratives that allow both jurors and observers to construct accounts consistent with their experience and common sense may be perceived as more legitimate.* ».

¹⁰⁴³ Voir *supra*, p. 116.

considérée représenter la société civile et assurer ainsi une détermination des faits conforme à ses valeurs et sa culture particulière. En réalité, cette institution emblématique multiplie la nécessité que les représentations sociales à la base des histoires présentées soient largement partagées, les histoires devant être *plausibles* pour 12 jurés différents. Ainsi, si l'application du droit de façon répétée par les tribunaux peut être considérée comme un moyen par lequel la société maintient une certaine continuité dans ses jugements de valeur à travers le temps et les circonstances¹⁰⁴⁴, le processus par lequel ce droit est appliqué peut aussi être considéré comme participant à cet objectif en faisant en sorte que ce droit ne soit appliqué qu'aux histoires conformes aux représentations sociales les plus largement partagées. Ces histoires ont ainsi le bénéfice d'être véhiculées dans les décisions judiciaires et de mériter l'application du droit revendiqué par la partie l'ayant avancée.

Un système judiciaire conçu de sorte à favoriser les histoires *vraisemblables* plutôt que les histoires *vraies* diffuse ainsi les récits les plus socialement acceptables tout en sanctionnant les autres, soit en ne permettant pas qu'ils soient entendus au procès, soit en ne les retenant pas au moment de la détermination judiciaire des faits. Rappelons que sous le couvert de leur absence de pertinence, certaines histoires sont exclues de l'enceinte du tribunal en raison de leur caractère inacceptable suivant les représentations sociales dominantes¹⁰⁴⁵. Il est permis de penser que cette exclusion remplit elle aussi une certaine fonction sociale en limitant la possibilité que l'institution judiciaire les légitime en reconnaissant leur existence. Cette conception du système judiciaire comme d'une institution permettant de légitimer ou de condamner une conduite sociale en l'excluant de ses considérations est expressément reconnue par la jurisprudence dans certains cas. À titre d'exemple, la règle d'exclusion de la preuve obtenue en violation des droits constitutionnels d'un accusé a pour but premier de prémunir « l'intégrité morale » du système judiciaire canadien¹⁰⁴⁶ comme américain¹⁰⁴⁷. Les systèmes

¹⁰⁴⁴ A. G. AMSTERDAM et J. S. BRUNER, préc., note 247, p. 140.

¹⁰⁴⁵ Voir *supra*, p. 184 et 194.

¹⁰⁴⁶ S. C. HILL, D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, préc., note 68, n° 19:40.20; T. QUIGLEY, préc., note 37, n°s 4.2(e)(iii)(C)(III)1, p. 4-25 et 4.2(e)(iii)(C)(II), p. 4-24.

¹⁰⁴⁷ Kenworthy BILZ, « Dirty Hands or Deterrence? An Experimental Examination of the Exclusionary Rule », (2012) 9-1 *J. Empir. Leg. Stud.* 149; pour le régime anglais, voir P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, préc., note 24, p. 188.

judiciaires se dissocient ainsi de l'obtention de preuves obtenues d'une façon inconstitutionnelle non pas en condamnant judiciairement cette conduite par l'imposition d'une sanction contenue dans un jugement exécutoire, mais plutôt en excluant l'histoire que cette preuve soutient de son enceinte et de ses considérations.

Finalement, il existe aussi une valeur sociale ajoutée au fait pour le processus judiciaire de travailler avec des histoires. Avoir recours au même outil cognitif que celui utilisé dans la vie de tous les jours pour poser un jugement sur des *actions* qui s'éloignent des scripts est cohérent avec le besoin pour le système judiciaire de régler les disputes de façon légitime, et donc compréhensible, pour une proportion suffisante des membres de la société¹⁰⁴⁸, dont les citoyens qui y participent activement¹⁰⁴⁹.

Les histoires constituent un outil de réconciliation et de cohésion sociale non pas parce qu'elles sont partagées par l'ensemble d'une société, mais plutôt parce qu'elles constituent une procédure interprétative permettant aux individus de comparer, évaluer et négocier les interprétations divergentes de la réalité inévitables dans toute société diversifiée¹⁰⁵⁰: « [...] *narrative transactions are a primary procedure for producing mutual understanding and social cohesion.* »¹⁰⁵¹ Nous avons postulé que le *Code criminel* était une liste d'histoires que la société a jugées déviantes par rapport aux *scripts* et suffisamment moralement répréhensibles pour justifier une répression étatique¹⁰⁵². Toute communauté ayant ses lieux traditionnels pour résoudre les histoires divergentes¹⁰⁵³, le tribunal peut être considéré comme un de ces lieux pour la société canadienne. À ce titre, l'institution judiciaire utilise les histoires comme procédure interprétative permettant d'abord le partage de la vision de la réalité des différentes parties, puis leur réinterprétation de manière congruente avec certaines représentations sociales dans les limites des considérations pertinentes édictées par le droit. Finalement, la structure narrative uniforme permet la comparaison entre l'histoire qui en résulte et celles

¹⁰⁴⁸ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 20.

¹⁰⁴⁹ *Id.*, p. 3.

¹⁰⁵⁰ J. BRUNER, préc., note 189, p. 49-50, 67-68 et 95; L. K. GRIFFIN, préc., note 188, 310.

¹⁰⁵¹ J. A. ROBINSON et L. HAWPE, préc., note 221 à la page 117.

¹⁰⁵² Voir *supra*, p. 67.

¹⁰⁵³ J. BRUNER, préc., note 189, p. 68.

prohibées par le *Code criminel* pour en vérifier la correspondance. Au tribunal, les histoires peuvent jouer pleinement leur rôle de stabilisateur social, décrit par Jerome Bruner en ces termes :

« For one of the most powerful forms of social stability, ranking with the well-known system of exchange to which Lévi-Strauss has brought our attention, is the human propensity to share stories of human diversity and to make their interpretations congruent with the divergent moral commitments and institutional obligations that prevail in every culture. »¹⁰⁵⁴

Le procès offre à l'accusé une tribune afin qu'il présente sa version des faits sous forme d'histoire, un outil lui permettant d'expliquer suffisamment son état mental ou les circonstances sociales l'ayant mené à poser l'*action* répréhensible de manière à la rendre acceptable. Le cas échéant, il est possible qu'il y ait pacification et solidarisation autour de ce récit, le droit reconnaissant parfois certaines histoires comme dorénavant socialement acceptables¹⁰⁵⁵.

Lorsque l'histoire retenue par le *juge des faits* contient tous les éléments essentiels de l'histoire prohibée (l'infraction prévue au *Code criminel*), le système judiciaire vient rétablir l'équilibre rompu par le bris du *script* en condamnant le délinquant à une peine. Les histoires de punition de comportements interdits que diffuse et que sanctionne le système judiciaire s'ajoutent alors au bagage des histoires culturellement partagées et participent à la visée normative plus large du système judiciaire. Cela est cohérent avec le constat de Bennett et Feldman que c'est par le biais du processus judiciaire que les membres de la société sont mis en contact avec le plus large éventail de variantes et de formes que revêt la morale qui lie la

¹⁰⁵⁴ *Id.*; Burns est aussi de l'avis que le recours aux histoires au tribunal peut servir cette fonction pacificatrice. Voir R. P. BURNS, préc., note 420, p. 162.

¹⁰⁵⁵ Voir R. WEISBERG, préc., note 497 à la page 69: « *Before a new story becomes acceptable to courts and juries, we must see larger numbers of tellers and corroboration and even expert testimony that the story makes sense.* »; D. M. KAHAN et M. C. NUSSBAUM, préc., note 283, 348: « *The public expects the law to track these shifting social norms, and it frequently does. If the common law paradigm of appropriate rage was the cuckold, the emerging but highly contested contemporary paradigm is the battered woman, or more generally, the person who is victimized or abused by someone who owes that person a special duty of concern and respect.* » .

communauté à laquelle ils appartiennent¹⁰⁵⁶. Les histoires constituent par ailleurs une structure appropriée pour cette fonction sociale puisqu'elles sont fondamentalement moralisatrices¹⁰⁵⁷.

Il est ainsi possible d'émettre l'hypothèse qu'en visant à produire une vérité-systémique déterminée par un *juge des faits* devant trancher les faits d'une façon qui soit représentative des valeurs de la société, la détermination judiciaire des faits basée sur le bon sens et la preuve présentée participe aussi aux objectifs plus larges que poursuit le système judiciaire dans son ensemble. Il est possible que ces considérations légitiment suffisamment le système judiciaire criminel pour qu'il soit acceptable qu'une sanction étatique soit infligée même si la procédure n'est pas conçue de manière à *assurer* que l'accusé ait réellement commis l'infraction dont il a été trouvé coupable. Néanmoins, cette question de la légitimité d'un processus visant à atteindre une vérité-systémique relève du domaine de la politique et seul le législateur a le pouvoir de modifier le droit de manière à ce que le processus de détermination judiciaire des faits soit en mesure d'atteindre un autre type de vérité. Face au droit tel qu'il existe actuellement, nous sommes d'avis que le juriste qui souhaite travailler avec le système tel qu'il est plutôt qu'avec l'image qui en est traditionnellement projetée ou le juriste qui souhaite approfondir toute question relative à la preuve judiciaire trouvera dans la théorie narrative du procès et la théorie explicative de la preuve des outils permettant une réflexion sur les faits conforme à celle qu'il adopte dans sa pratique quotidienne au tribunal. En diminuant l'écart entre la théorie et la pratique, ces théories permettent de mettre fin à la

¹⁰⁵⁶ W. L. BENNETT et M. S. FELDMAN, préc., note 176, p. 21; la fonction solidarisante du droit criminel et du système pénal dans son ensemble est largement documentée. Le procès criminel est un rituel social permettant la définition des membres d'une communauté en décidant de la culpabilité d'un accusé et, le cas échéant, de son exclusion de la communauté. Voir à titre d'exemples sur le sujet G. GOODPASTER, préc., note 299, 146; G. BINDER et R. WEISBERG, préc., note 152, p. 480 et suiv.; R. P. BURNS, préc., note 420, p. 222; voir aussi Jonathan SIMON et Malcolm M. FEELEY, « The Form and Limits of the New Penology », dans Thomas G. BLOMBERG et Stanley COHEN (dir.), *Punishment and social control*, Enlarged 2nd, coll. New lines in criminology, New York, Aldine de Gruyter, 2003, p. 75 à la page 89: « Since Durkheim ([1893] 1947), students of social control have argued that crime and crime policy foster social solidarity, that the process of creating deviance and labeling the deviant reinforces social solidarity (Erickson 1966). » ; les procès criminels visent à dissuader la commission d'infractions et à réaffirmer les valeurs communes à une communauté. Voir C. NESSON, préc., note 1041, 1360.

¹⁰⁵⁷ Puisqu'elles reposent sur le bris de scripts, les histoires sont fondamentalement moralisatrices. Voir A. P. KERBY, préc., note 220, p. 63; J. BRUNER, préc., note 189, p. 50; H. V. WHITE, préc., note 220; J. BRUNER, préc., note 221, 15; cela est vrai même si cette morale est de remettre en question la morale établie. Voir à ce sujet J. BRUNER, préc., note 189, p. 51.

double ignorance que véhicule la vision traditionnelle du procès en affirmant que le processus de détermination des faits permet d'atteindre la vérité-correspondance. Cette affirmation fait paravent à la réalité d'un droit qui valide et s'accommode de jugements posés sur des faits malgré un certain degré, impossible à quantifier, d'ignorance de la Vérité sur ces faits.

Table de la législation et réglementation

Textes fédéraux

Charte canadienne des droits et libertés, (1982) Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), c. 11.

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), c. C-5.

Loi sur le directeur des poursuites pénales, L.C. 2006, c. 9.

Textes provinciaux

DIRECTIVE DU DIRECTEUR DES POURSUITES CRIMINELLES ET PENALES DU QUEBEC, *Accusation - Poursuite des procédure*, ACC-3 DM, en ligne : <http://www.dpcp.gouv.qc.ca/documentation/directives-directeurs.aspx> (consulté le 25 mai 2016).

Loi sur le Directeur des poursuites criminelles et pénales, RLRQ, c. D-9.1.1.

Table de la jurisprudence

Jurisprudence canadienne

- Adgey c. R.*, [1973] 2 R.C.S. 426.
- Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350.
- Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190.
- Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, [2007] 3 R.C.S. 129.
- Hinse c. Canada (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.S. 621.
- Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235.
- Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372.
- Lacombe c. André*, [2003] R.J.Q. 720 (C.A. Qué.).
- Leary c. La reine*, [1978] 1 R.C.S. 29.
- Lemay v. The King*, [1951] 1 S.C.R. 232.
- Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570.
- Palmer c. la Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.
- Phillips v. Ford Motor Company*, [1971] 2 O.R. 637 (C.A.).
- R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828.
- R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339.
- R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49.
- R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190.
- R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381.
- R. c. Bjelland*, [2009] 2 R.C.S. 651.
- R. c. Blackman*, [2008] 2 R.C.S. 298.
- R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631.
- R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474.
- R. c. Cairney*, [2013] 3 R.C.S. 420.
- R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679.
- R. c. Cole*, [2012] 3 R.C.S. 34.
- R. c. Daley*, [2007] 3 R.C.S. 523.
- R. c. Daley*, [2007] 3 R.C.S. 523.

R. c. Darrach, [2000] 2 R.C.S. 443.
R. c. Ewanchuk, [1999] 1 R.C.S. 330.
R. c. F. (C.C.), [1997] 3 R.C.S. 1183.
R. c. Find, [2001] 1 R.C.S. 863.
R. c. François, [1994] 2 R.C.S. 827.
R. c. G. (B.), [1999] 2 R.C.S. 475.
R. c. G. (R.M.), [1996] 3 R.C.S. 362.
R. c. Grant, [2009] 2 R.C.S. 353.
R. c. Grant, [2015] 1 R.C.S. 475.
R. c. Griffin, [2009] 2 R.C.S. 42.
R. c. Hibbert, [2002] 2 R.C.S. 445.
R. c. Howard, [1989] 1 R.C.S. 1337.
R. c. J.-L.J., [2000] 2 R.C.S. 600.
R. c. Khan, [2001] 3 R.C.S. 823.
R. c. Laboucan, [2010] 1 R.C.S. 397.
R. c. Levogiannis, [1993] 4 R.C.S. 475.
R. c. Lifchus, [1997] 3 R.C.S. 320.
R. c. Lohrer, [2004] 3 R.C.S. 732.
R. c. Ménard, [1998] 2 R.C.S. 109.
R. c. Mills, [1999] 3 R.C.S. 668.
R. c. Morin, [1988] 2 R.C.S. 345.
R. c. Nedelcu, [2012] 3 R.C.S. 311.
R. c. Noble, [1997] 1 S.C.R. 874.
R. c. Noël, [2002] 3 R.C.S. 433.
R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.
R. c. P. (M.B.), [1994] 1 R.C.S. 555.
R. c. Pan, [2001] 2 R.C.S. 344.
R. c. Pittiman, [2006] 1 R.C.S. 381.
R. c. Prokofiew, [2012] 2 R.C.S. 639.
R. c. R.E.M., [2008] 3 R.C.S. 3.
R. c. R.P., [2012] 1 R.C.S. 746.
R. c. Regan, [2002] 1 R.C.S. 297.

R. c. Sanichar, [2013] 1 R.C.S. 54.
R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577.
R. c. Seymour, [1996] 2 R.C.S. 252.
R. c. Sheppard, [2002] 1 R.C.S. 869.
R. c. Sinclair, [2011] 3 R.C.S. 3.
R. c. W.H., [2013] 2 R.C.S. 180.
R. c. W.H., [2013] 2 R.C.S. 180.
R. c. Walle, [2012] 2 R.C.S. 438.
R. c. Wetmore, [1983] 2 R.C.S. 284.
R. c. White, [1998] 2 R.C.S. 72.
R. c. White, [2011] 1 R.C.S. 433.
R. c. Yebes, [1987] 2 R.C.S. 168.
R. c. Youvarajah, [2013] 2 R.C.S. 720.
R. c. Zeolkowski, [1989] 1 R.C.S. 1378.
R. v. L.B., [1997] 102 OAC 104.
R. v. Morrissey, 80 O.A.C. 161 (1995).
R. v. Munoz, (2006) 205 C.C.C. (3d) 70 (Ont. S.C.J.).
R. v. Salah, 2015 ONCA 23.
R. v. Sanichar, 2012 ONCA 117.
R. v. Tash, 2013 ONCA 380.
Regina v. Lalonde, [1971] 1 O.R. 376 (S.C.J.).
Stewart c. La Reine, [1977] 2 R.C.S. 748.
Vibron Ltd. c. Patrick Garneau & Associés inc., 2011 QCCA 1166.

Jurisprudence américaine

Booth v. Maryland, [1987] 482 U.S. 496.
Commonwealth v. Carr, 580 A.2d 1362 (Pa. Sup. Ct. 1990).
Kansas v. Marsh, 126 S. Ct. 2516 (2006).
Michelson v. U.S., 335 U.S. 469 (1948).
Old Chief v. U.S., 519 U.S. 172 (1997).
Payne v. Tennessee, [1991] 501 U.S. 808.
State v. Cameron, 40 Vt. 555 (S. Ct. 1868).

U.S. v. Garsson, 291 F. 646 (S.D. N.Y., 1923).

Wilson v. U.S., 149 U.S. 60 (1893).

Bibliographie

Monographies et ouvrages collectifs

- ABBOTT, H. P., *The Cambridge Introduction to Narrative*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- ACHINSTEIN, P. (dir.), *The Concept of Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 1983.
- AMSTERDAM, A. G. et J. S. BRUNER, *Minding the Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- ANDERSON, D. et B. ANDERSON, *Manufacturing Guilt : Wrongful Convictions in Canada*, 2^e éd., Black Point, Fernwood Publishing, 2009.
- ANDERSON, T., D. A. SCHUM et W. L. TWINING, *Analysis of Evidence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- ARKES, H. R. et K. R. HAMMOND, *Judgment and Decision Making : An Interdisciplinary Reader*, New York, Cambridge University Press, 1986.
- ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Studies in Criminal Law and Procedure*, Agincourt, Canada Law Book, 1973.
- BAGGINI, J. et P. S. FOSL, *The Philosopher's Toolkit: A Compendium of Philosophical Concepts and Methods*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2010.
- BECCARIA, C., *Des délits et des peines*, coll. Garnier Flammarion, n°633, Paris, Flammarion, 1991 (1764).
- BELIVEAU, P. et M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 22^e éd. par M. VAUCLAIR, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015.
- BENNETT, W. L. et M. S. FELDMAN, *Reconstructing Reality in the Courtroom : Justice and Judgment in American Culture*, coll. Crime, Law, and Deviance, New Brunswick, Rutgers University Press, 1981.
- BENTHAM, J., *A Treatise on Judicial Evidence : Extracted from the Manuscripts of Jeremy Bentham, by M. Dumont, London, 1825*, coll. The Making of Modern Law, Gale, Cengage Learning, en ligne : <<<http://galenet.galegroup.com.proxy3.library.mcgill.ca/servlet/MOML?af=RN&ae=F104539521&srchtp=a&ste=14>>> (consulté le 26 mai 2016).
- Rationale of Judicial Evidence : Specially Applied to English Practice : From the Manuscripts of Jeremy Bentham, London, 1827*, 3 vol., coll. The Making of Modern Law, Gale, Cengage Learning, en ligne : <<http://galenet.galegroup.com.proxy3.library.mcgill.ca/servlet/MOML?af=RN&ae=F404557348&srchtp=a&ste=14>> (consulté le 9 mars 2016).
- The Works of Jeremy Bentham*, 6, Edinburgh, 1843, coll. The Making of Modern World, Gale, Cengage Learning, en ligne :

<<http://find.galegroup.com.proxy3.library.mcgill.ca/mome/infomark.do?&source=gale&prodId=MOME&userGroupName=crepuq_mcgill&tabID=T001&docId=U108946916&type=multipage&contentSet=MOMEArticles&version=1.0&docLevel=FASCIMILE>> (consulté le 2 mai 2016).

- BINDER, D. A. et P. BERGMAN, *Fact Investigation: From Hypothesis to Proof*, St. Paul, West Publishing, 1984.
- BINDER, G. et R. WEISBERG, *Literary Criticisms of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2000.
- BOYLE, C., M. T. MACCRIMMON et D. MARTIN, *The Law of Evidence: Fact Finding, Fairness, and Advocacy*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1999.
- BROOKS, P. et P. GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- BRUNER, J., *Acts of Meaning*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.
- Making Stories: Law, Literature, Life*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- BURNS, R. P., *A Theory of the Trial*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- CANADIAN INSTITUTE FOR THE ADMINISTRATION OF THE JUSTICE, *The Trial Process*, Toronto, Carswell, 1981.
- CARSON, D., R. MILNE, F. PAKES, K. SHALEV et A. SHAWYER (dir.), *Applying Psychology to Criminal Justice*, Chichester, John Wiley & Sons, 2007.
- CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARE et MINISTERE DE LA JUSTICE (dir.), *La présomption d'innocence en droit comparé. Colloque du 16 janvier 1998*, Paris, Société de législation comparée, 1998.
- CICOUREL, A. V., *Cognitive Sociology: Language and Meaning in Social Interaction*, New York, Free Press, 1974.
- COHEN, L. J., *The Probable and the Provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977.
- CONNORS, E., T. LUNDREGAN, N. MILLER et T. MCEWEN, *Convicted by Juries, Exonerated by Science: Case Studies in the Use of DNA Evidence to Establish Innocence After Trial*, Washington, National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, 1996.
- COOPER, S. L. (dir.), *Controversies in Innocence Cases in America*, coll. Controversies in American Constitutional Law, Farnham, Ashgate Publishing, 2014.
- COTE-HARPER, G., J. TURGEON et P. RAINVILLE, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.
- CUTLER, B. L. (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012.
- DAMASKA, M. R., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Yale University Press, 1986.
- Evidence Law Adrift*, New Haven, Yale University Press, 1997.

- DAWID, P., W. TWINING et M. VASILAKI (dir.), *Evidence, Inference and Enquiry*, coll. Proceedings of the British Academy, n°171, Oxford, Published for The British Academy by Oxford University Press, 2011.
- DESJARDINS, T., *L'appel en droit criminel et pénal*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis, 2012.
- DUFF, A. et S. P. GREEN (dir.), *Philosophical foundations of criminal law*, coll. Oxford Scholarship Online, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- DUPRET, B., *Adjudication in action: an ethnomethodology of law, morality and justice*, Burlington, Ashgate Publishing, 2011.
- DWORKIN, R., *A Matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- EWASCHUK, E. G., *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2^e éd., 3 vol., Toronto, Canada Law Book, 1987, feuilles mobiles, à jour en février 2016.
- FEINBERG, J. et H. GROSS (dir.), *Philosophy of Law*, 5^e éd., Belmont, Wadsworth Publishing, 1995.
- FEINBERG, J. et C. JULES (dir.), *Philosophy of Law*, 6^e éd., Belmont, Wadsworth, 2000.
- FOUCAULT, M., *Surveiller et punir: naissance de la prison*, coll. Bibliothèque des histoires, Paris, Gallimard, 1975.
- Mal faire, dire vrai: fonction de l'aveu en justice*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2012.
- FRANK, J., *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, New York, Atheneum, 1949.
- FRANK, J. et B. FRANK, *Not guilty*, Garden City, Doubleday & Co., 1957.
- FREEMAN, M. D. A. et A. D. E. LEWIS (dir.), *Law and Literature*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- GARRETT, B., *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- GEERTZ, C., *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books, 1983.
- GOFFMAN, E., *Erving Goffman: Exploring the Interaction Order*, Boston, Northeastern University Press, 1988.
- GOLDMAN, A. I., *Knowledge in a Social World*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- GOLDMAN, A. I. et D. WHITCOMB (dir.), *Social Epistemology: Essential Readings*, Toronto, Oxford University Press, 2011.
- GUIMELLI, C., *La pensée sociale*, coll. Que sais-je, Paris, Presses Universitaires de France, 1999.
- HAACK, S., *Evidence and Inquiry: A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*, 2^e éd., Amherst, Prometheus Books, 2009.
- Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*, New York, Cambridge

University Press, 2014.

- HADDOCK, A., A. MILLAR et D. PRITCHARD (dir.), *Social Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- HALSALL, A. W., *L'art de convaincre: le récit pragmatique rhétorique, idéologie, propagande*, Toronto, Paratexte, 1988.
- HART, H. M. et J. T. MCNAUGHTON, *Evidence and Inference in the Law*, Middletown, Wesleyan University Press, 1958.
- HASTIE, R. (dir.), *Inside the juror: The psychology of juror decision making*, New York, Cambridge University Press, 1993.
- HASTIE, R., S. D. PENROD et N. PENNINGTON, *Inside the jury*, Cambridge, Harvard University Press, 1983.
- HILL, S. C., D. M. TANOVICH et L. P. STREZOS, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5^e éd., 3 vol., Toronto, Thomson Reuters, feuilles mobiles, à jour en mai 2016.
- HO, H. L., *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*, New York, Oxford University Press, 2008.
- HUFF, C. R., *Convicted But Innocent: Wrongful Conviction and Public Policy*, Thousand Oaks, Sage Publications, 1996.
- HUFF, C. R. et M. KILLIAS, *Wrongful Conviction: International Perspectives on Miscarriages of Justice*, Philadelphia, Temple University Press, 2008.
- ISER, W., *The Implied Reader: Patterns of Communication in Prose Fiction from Bunyan to Beckett*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1974.
- JACKSON, B. S., *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988.
- Making Sense in Law: Linguistic, Psychological and Semiotic Perspectives*, coll. Legal Semiotics Monographs, n°4, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1995.
- JACKSON, J. D., M. LANGER et P. TILLERS (dir.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, Hart Publishing, 2008.
- KAHNEMAN, D., P. SLOVIC et A. TVERSKY (dir.), *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- KALVEN, H. et H. ZEISEL, *The American Jury*, Toronto, Little, Brown and Co., 1966.
- KAPTEIN, H., H. PRAKKEN et B. VERHEIJ (dir.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Burlington, Ashgate Publishing, 2009.
- KASIRER, N. (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003.
- KATZ, H., *Justice miscarried: inside wrongful convictions in Canada*, Toronto, Dundurn, 2011.

- KERANS, R. P. et K. M. WILLEY, *Standards of Review Employed by Appellate Courts*, 2^e éd., Edmonton, Juriliber, 2006.
- KERBY, A. P., *Narrative and the Self*, coll. Studies in Continental Thought, Bloomington, Indiana University Press, 1991.
- KRAWIETZ, W., H. SCHELSKY, G. WINKLER et A. SCHRAMM (dir.), *Theorie der Normen: Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984.
- LAJOIE, A., *Jugements de valeurs: le discours judiciaire et le droit*, coll. Les voies du droit, Presses universitaires de France, 1997.
- LAPLANTINE, F., J. LEVY, J.-B. MARTIN et A. NOUSS (dir.), *Récit et connaissance*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1998.
- LAUDAN, L., *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, coll. Cambridge studies in philosophy and law, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- LEDERMAN, S. N., A. W. BRYANT et M. K. FUERST, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 4^e éd., Markham, LexisNexis, 2014.
- LEDWON, L. (dir.), *Law and Literature: Text and Theory*, New York, Garland Publishing, 1996.
- LEVI, J. N. et A. G. WALKER, *Language in the Judicial Process*, coll. Law, society, and policy, n°5, New York, Plenum Press, 1990.
- MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, coll. Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 1978.
- MACK, D., *Mack's Criminal Law Trial Book*, Toronto, Carswell, 2015.
- MAIDMENT, M., *When Justice is a game: unravelling wrongful convictions in Canada*, Black Point, Fernwood Publishing, 2009.
- MANNING, M. et P. SANKOFF, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5^e éd., Markham, LexisNexis, 2015.
- MARCIL-LACOSTE, L., *Claude Buffier and Thomas Reid: Two Common-Sense Philosophers*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1982.
- MCBARNET, D. J., *Conviction: Law, the State and the Construction of Justice*, coll. Oxford socio-legal studies, London, Macmillan, 1981.
- MEWETT, A. W., *An Introduction to the Criminal Process in Canada*, 4^e éd., Scarborough, Carswell, 2000.
- MILLER, J., *The Structures of Law and Literature: Duty, Justice, and Evil in the Cultural Imagination*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2013.
- MISHLER, E. G., *Research Interviewing: Context and Narrative*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- MOSCOVICI, S. (dir.), *Psychologie sociale*, coll. PUF fondamentale, Paris, Presses Universitaires de France, 1984.

- MURPHY, P., *Evidence, Proof, and Facts: A Book of Sources*, New York, Oxford University Press, 2003.
- NABOKOV, V., *Lolita*, coll. Folio, Paris, Gallimard, 2001 (1955).
- NERHOT, P. (dir.), *Law, Interpretation and Reality: Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1990.
- NISBETT, R. et L. ROSS, *Human Inference: Strategies and Shortcomings of Social Judgment*, coll. The Century Psychology Series, Englewood Cliffs, Prentice-hall, 1980.
- PACIOCCO, D. et L. STUESSER, *The Law of Evidence*, 7^e éd., coll. Essentials of Canadian Law, Toronto, Irwin Law, 2015.
- PARENT, H., *Traité de droit criminel : la culpabilité*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2014.
- PENNEY, S., V. RONDINELLI et J. STRIBOPOULOS, *Criminal Procedure in Canada*, Markham, LexisNexis, 2011.
- PERELMAN, C., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit: au-delà du positivisme juridique*, Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1984.
- PICKARD, T., P. GOLDMAN, R. M. MOHR et R. CAIRNS-WAY, *Dimensions of Criminal Law*, 3^e éd., Toronto, Emond Montgomery Publications, 2002.
- PIER, J. (dir.), *Théorie du récit : l'apport de la recherche allemande*, traduit par THIERRY GALLEPE ET AL., coll. Narratologie, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2007.
- PINK, J. E. et D. C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014.
- POLKINGHORNE, D. E., *Narrative Knowing and the Human Sciences*, coll. SUNY Series in Philosophy of the Social Sciences, Albany, State University of New York Press, 1988.
- POPPEL, A. E., *Canadian Criminal Evidence*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1954.
- POSNER, R. A., *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- PRIEST, G., *Doubt Truth to be a Liar*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- PROULX, M. et D. LAYTON, *Ethics and Canadian Criminal Law*, coll. Essentials of Canada Law, Toronto, Irwin Law, 2001.
- QUIGLEY, T., *Procedure in Canadian Criminal Law*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 2005, feuilles mobiles, à jour en décembre 2015.
- REVAZ, F., *Introduction à la narratologie : Action et narration*, coll. Champs linguistiques, Bruxelles, De Boeck, 2009.
- RICŒUR, P., *Histoire et vérité*, 2^e éd., Paris, Éditions du Seuil, 1955.à
La mémoire, l'histoire, l'oubli, coll. L'ordre philosophique, Paris, Éditions du Seuil, 2000.
- RICŒUR, P. et J. B. THOMPSON, *Hermeneutics and the human sciences: essays on language, action, and interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.

- RIDDELL, J., *Plato: The Apology of Plato*, coll. Internet Archive, Oxford, Clarendon Press, 1867, en ligne : <<http://archive.org/details/platoapologyofpl00ridd>> (consulté le 5 septembre 2016).
- ROACH, K., *Criminal law and procedure : cases and materials*, 10^e éd., Toronto, Edmonton Montgomery Publications, 2010.
- ROACH, K., E. CUNLIFFE, J. STRIBOPOULOS et B. L. BERGER, *Criminal Law and Procedure: Cases and Materials*, 11^e éd., Toronto, Emond, 2015.
- ROBERTS, P. et A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2010.
- SALHANY, R. E., *Canadian Criminal Procedure*, 6^e éd., 2 vol., Toronto, Thomson Reuters, feuilles mobiles, à jour en mars 2016.
- The Practical Guide to Evidence in Criminal Cases*, 8^e éd., Toronto, Carswell, 2013.
- SANGHA, B., R. MOLES et K. ROACH, *Forensic Investigations and Miscarriages of Justice : the Rhetoric Meets the Reality*, Toronto, Irwin Law, 2010.
- SARBIN, T. R. (dir.), *Narrative Psychology: The Storied Nature of Human Conduct*, New York, Praeger, 1986.
- SARTRE, J.-P., *La nausée*, coll. Folio, Barcelone, Gallimard, 2006.
- SCHIFFRIN, D., A. DE FINA et A. NYLUND (dir.), *Telling Stories : Language, Narrative, and Social Life*, coll. Georgetown University Round Table on Languages and Linguistics Series, Washington, Georgetown University Press, 2010.
- SCHLEIFER, R., R. C. DAVIS et N. MERGLER, *Culture and Cognition : The Boundaries of Literary and Scientific Inquiry*, Ithaca, Cornell University Press, 1992.
- SCHUM, D. A., *Evidence and Inference for the Intelligence Analyst*, 2 vol., Lanham, University Press of America, 1987.
- The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, coll. Wiley series in systems engineering, New York, JWiley, 1994.
- SIMON, D., *In Doubt : The Psychology of the Criminal Justice Process*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.
- SOPINKA, J. et M. A. GELOWITZ, *The Conduct of an Appeal*, 3^e éd., Markham, LexisNexis, 2012.
- STARKIE, T., *Practical Treatise of the Law of Evidence*, Philadelphia, T. & J.W. Johnson & Co. Print, 1876, en ligne : <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.beal/zajv0001&id=824&div=16&collection=beal>>.
- STEIN, A., *Foundations of Evidence Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- STUART, D., *Canadian Criminal Law*, 7^e éd., Toronto, Carswell, 2014.
- STUART, D. et T. QUIGLEY, *Learning Canadian Criminal Procedure*, 12^e éd., Toronto,

Thomson Reuters, 2016.

TWINING, W., *Theories of Evidence : Bentham and Wigmore*, Stanford, Stanford University Press, 1985.

Rethinking Evidence: Exploratory Essays, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

WAGENAAR, W. A., P. J. VAN KOPPEN et H. F. M. CROMBAG, *Anchored Narratives: the Psychology of Criminal Evidence*, New York, St. Martin's Press, 1993.

WATT, D., *Watt's Manual of Criminal Evidence*, Toronto, Carswell, 2015.

Watt's Manual of Criminal Jury Instructions, 2^e éd., Toronto, Carswell, 2015.

WEINREB, L. L., *Denial of justice : criminal process in the United States*, New York, The Free Press, 1977.

WELLS, C., *Lacey, Wells and Quick - Reconstructing Criminal Law : Text and Materials*, 4th ed., coll. Law in context, New York, Cambridge University Press, 2010.

WELSH, A., *Strong Representations: Narrative and Circumstantial Evidence in England*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1992.

WESTERVELT, S. D. et J. A. HUMPHREY (dir.), *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001.

WHITE, H. V., *The Content of the Form: Narrative Discourse and Historical Representation*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1987.

WHITE, J. B., *When Words Lose their Meaning : Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*, Chicago, University of Chicago Press, 1984.

Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law, Madison, University of Wisconsin Press, 1985.

WING, A. K. et J. STEFANCIC (dir.), *The Law Unbound! : A Richard Delgado Reader*, Boulder, Paradigm Publishers, 2007.

WINOGRAD, E. et U. NEISSER (dir.), *Affect and Accuracy in Recall: Studies of "Flashbulb" Memories*, New York, Cambridge University Press, 1992.

Articles de revues et études d'ouvrages collectifs

ABIMBOLA, K., « Abductive Reasoning in Law: Taxonomy and Inference to the Best Explanation », (2001) 22-5-6 *Cardozo Law Rev.* 1683.

ALLEN, R. J., « Clarifying the Burden of Persuasion and Bayesian Decision Rules: A Response to Professor Kaye », (2000) 4 *Int. J. Evid. Proof* 246.

« Common Sense, Rationality, and the Legal Process », (2001) 22-5-6 *Cardozo Law Rev.* 1417.

« Explanationism All the Way Down », (2008) 5-3 *Episteme J. Soc. Epistemol.*

320.

« Factual Ambiguity and a Theory of Evidence », (1994) 88 *Northwest. Univ. Law Rev.* 604

« Taming Complexity: Rationality, the Law of Evidence and the Nature of the Legal System », (2013) 12-2 *Law Probab. Risk* 99-113.

« The Nature of Juridicial Proof », (1991) 13 *Cardozo Law Rev.* 373.

« Truth and its Rivals », (1998) 49-2 *Hastings Law J.* 309.

« Two Aspects of Law and Theory », (2000) 37-3 *San Diego Law Rev.* 743.

ALLEN, R. J. et G. N. ALEXAKIS, « Utility and Truth in the Scholarship of Mirjan Damaška », dans John JACKSON, Máximo LANGER et Peter TILLERS (dir.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 329.

ALLEN, R. J. et C. R. CALLEN, « The Juridical Management of Factual Uncertainty », (2003) 7 *Int. J. Evid. Proof* 1.

ALLEN, R. J. et L. LAUDAN, « Deadly Dilemmas », (2008) 41-1 *Tex. Tech Law Rev.* 65.

ALLEN, R. J. et B. LEITER, « Naturalized Epistemology and the Law of Evidence », (2001) 87-8 *Va. Law Rev.* 1491.

ALLEN, R. J. et M. S. PARDO, « Probability, Explanation and Interference: a Reply », (2007) 11 *Int. J. Evid. Proof* 307.

« The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence », (2007) 36 *J. Leg. Stud.* 107.

ALLEN, R. J. et R. M. ROSENBERG, « Legal Phenomena, Knowledge, and Theory: A Cautionary Tale of Hedgehogs and Foxes », (2002) 77 *Chic.-Kent Law Rev.* 683.

ALLEN, R. J. et A. STEIN, « Evidence, Probability, and the Burden of Proof », (2013) 55 *Ariz. Law Rev.* 557.

AMAYA, A., « Inference to the Best Legal Explanation », dans Hendrik KAPTEIN, Henry PRAKKEN et Bart VERHEIJ (dir.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Burlington, Ashgate Publishing, 2009, p. 135.

« Justification, Coherence, and Epistemic Responsibility in Legal Fact-Finding », (2008) 5-3 *Episteme J. Soc. Epistemol.* 306.

ARCHIBALD, T. L. et J. M. MENDELZON, « The trial advocate as storyteller: The art and science of persuasion », (2012) 31-3 *Advocates J.* 20.

ATKINSON, R., « What Is It Like to Be Like That? The Progress of Law and Literature's "Other" Project », dans Austin SARAT (dir.), *Studies in Law, Politics, and Society*, 43, Bingley, Emerald Group Publishing, 2008, p. 21.

BABCOCK, B. A., « Fair Play: Evidence Favorable to an Accused and Effective Assistance of Counsel », (1982) 34-6 *Stanford Law Rev.* 1133.

- « Taking the Stand », (1993) 35-1 *William Mary Law Rev.* 1.
- BALDWIN, J. et M. MCCONVILLE, « Trial by Jury: Some Empirical Evidence on Contested Criminal Cases in England », (1979) 13-4 *Law Soc. Rev.* 861.
- BALKIN, J. M., « A Night in the Topics: The Reason of Legal Rhetoric and the Rhetoric and the Rhetoric of Legal Reason », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 211.
- BANKOWSKI, Z., « The Jury and Reality », dans Patrick NERHOT (dir.), *Law, Interpretation and Reality: Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 226.
- « The Value of Truth: Fact Scepticism Revisited », (1981) 1-3 *Leg. Stud.* 257.
- BARON, J. B. et J. EPSTEIN, « Is Law Narrative ? », (1997) 45 *Buffalo Law Rev.* 141.
- BARRY, T. K., « What Happened in R. v. Beaudry? A Perspective on the “Reconsideration” of the Standard for Appellate Interventiv under Section 686(1)(a)(i) », (2008) 12 *Rev. Can. Droit Pénal* 1.
- BARTHES, R., « Introduction à l’analyse structurale des récits », (1966) 8-1 *Communications* 1.
- BEKAERT, H., « La manifestation de la vérité : leçon inaugurale », dans *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1972.
- BERGER, B. L., « Criminal Appeals as Jury Control: An Anglo-Canadian Historical Perspective on the Rise of Criminal Appeals », (2006) 10 *Rev. Can. Droit Pénal* 1.
- BERNHARD, A., « Effective Assistance of Counsel », dans Sandra D. WESTERVELT et John A. HUMPHREY (dir.), *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001, p. 220.
- BEX, F., « Analysing Stories Using Schemes », dans Hendrik KAPTEIN, Henry PRAKKEN et Bart VERHEIJ (dir.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Burlington, Ashgate Publishing Company, 2009, p. 93.
- BILZ, K., « Dirty Hands or Deterrence? An Experimental Examination of the Exclusionary Rule », (2012) 9-1 *J. Empir. Leg. Stud.* 149.
- « We Don’t Want to Hear It: Psychology, Literature and the Narrative Model of Judging », (2010) 2010 *Univ. Ill. Law Rev.* 429.
- BLUME, J. H., « The Dilemma of the Criminal Defendant with a Prior Record - Lessons from the Wrongfully Convicted », (2008) 5-3 *J. Empir. Leg. Stud.* 477.
- BLUME, J. H., S. L. JOHNSON et E. C. PAAVOLA, « Every Juror Wants a Story : Narrative Relevance, Third Party Guilt and the Right to Present a Defense », (2007) 44 *Am. Crim. Law Rev.* 1069.
- BORINS, E. F. et S. BORINS, « The Psychopathology of the Judicial Decision-Making Process », dans CANADIAN INSTITUTE FOR THE ADMINISTRATION OF THE JUSTICE (dir.), *The Trial Process*, Toronto, Carswell, 1981, p. 193.

- BOURDIEU, P., « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », (1986) 64 *Actes Rech. En Sci. Soc.* 3-19.
- BROOKS, P., « Inevitable Discovery - Law, Narrative, Retrospectivity », (2003) 15 *Yale J. Law Humanit.* 71.
- « Narrative Transactions - Does the Law Need a Narratology », (2006) 18 *Yale J. Law Humanit.* 1.
- « Narrativity of the Law », (2002) 14 *Law Lit.* 1.
- « Storytelling Without Fear? Confession in Law and Literature », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 114.
- « The Law as Narrative and Rhetoric », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 14.
- BROWN, D. K., « The Decline of Defense Counsel and the Rise of Accuracy in Criminal Adjudication », (2005) 93-6 *Calif. Law Rev.* 1585.
- BRUNER, J., « Narrative, Culture, and Mind », dans Deborah SCHIFFRIN, Anna DE FINA et Anastasia NYLUND (dir.), *Telling Stories : Language, Narrative, and Social Life*, coll. Georgetown University Round Table on Languages and Linguistics Series, Washington, Georgetown University Press, 2010, p. 45.
- « The Narrative Construction of Reality », (1991) 18-1 *Crit. Inq.* 1.
- BUELL, S. et L. K. GRIFFIN, « Foreword », (2012) 75-2 *Law Contemp. Probl.* i-v.
- BURKE, T. M. et S. B. MARION, « Alibi Witnesses », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 239.
- BURNS, R. P., « A Short Meditation on Some Remaining Issues in Evidence Law », (2008) 38-4 *Seton Hall* 1435.
- « Rule of Law in the Trial Court », (2007) 56-2 *DePaul Law Rev.* 307.
- CALLEN, C. R., « Cognitive Strategies and Models of Fact-Finding », dans John JACKSON, Máximo LANGER et Peter TILLERS (dir.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 165.
- « Notes on a Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law », (1982) 57-1 *Indiana Law J.* 1.
- CAMPBELL, K. M., « The Fallibility of Justice in Canada », dans C. Ronald HUFF et Martin KILLIAS (dir.), *Wrongful Conviction : International Perspectives on Miscarriages of Justice*, Philadelphia, Temple University Press, 2008, p. 117.
- CARSON, D., « A Psychology and Law of Fact Finding », dans David CARSON, Rebecca MILNE, Francis PAKES, Karen SHALEV et Andrea SHAWYER (dir.), *Applying Psychology to Criminal Justice*, Chichester, John Wiley & Sons, 2007, p. 115.

- CASWEY, R. A., « Abolition of the Traditional Safeguards of the Accused (The Right to Remain Silent) », dans CANADIAN INSTITUTE FOR THE ADMINISTRATION OF THE JUSTICE (dir.), *The Trial Process*, Toronto, Carswell, 1981, p. 51.
- CHASSE, K., « Comment : Conceding the Edmond-Roach Reply », (2012) 16 *Rev. Can. Droit Pénal* 383.
 « Comment : “Junk Science” by Way of a Higher Burden of Proof », (2012) 16 *Rev. Can. Droit Pénal* 323.
- CHENG, E. K. et M. S. PARDO, « Accuracy, Optimality and the Preponderance Standard », (2015) 14-3 *Law Probab. Risk* 193.
- COHEN, L., « A Tripartite Self-Construction Model of Identity », dans Deborah SCHIFFRIN, Anna DE FINA et Anastasia NYLUND (dir.), *Telling Stories : Language, Narrative, and Social Life*, coll. Georgetown University Round Table on Languages and Linguistics Series, Washington, Georgetown University Press, 2010, p. 69.
- COHN, E. S., D. BUCOLO et S. R. SOMMERS, « Race and Racism », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 279.
- COUGHLAN, S. et L. PEACH, « Keeping Primary Goals Primary: Why There is No Right to an Adequate Investigation », (2012) 16 *Rev. Can. Droit Pénal* 247.
- DALTON, H. L., « Storytelling on Its Own Terms », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 57.
- DAMASKA, M. R., « Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study », (1972) 121 *Univ. Pa. Law Rev.* 506.
 « Truth in Adjudication », (1998) 49-2 *Hastings Law J.* 289.
- DAVIS, D., R. A. LEO et M. J. WILLIAMS, « Disputed Interrogation Techniques in America: True and False Confessions and the Estimation and Valuation of Type I and II Errors », dans Sarah Lucy COOPER (dir.), *Controversies in Innocence Cases in America*, coll. Controversies in American constitutional law, Farnham, Ashgate Publishing, 2014, p. 57.
- DEFFENBACHER, K. A., « Eyewitness Accuracy and Confidence: Can We Infer Anything about Their Relationship? », (1980) 4-4 *Law Hum. Behav.* 243.
- DELGADO, R., « Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative », dans Adrien Katherine WING et Jean STEFANCIC (dir.), *The Law Unbound! : A Richard Delgado Reader*, Boulder, Paradigm Publishers, 2007, p. 3.
- DEN BOER, M. G. W., « A Linguistic Analysis of Narrative Coherence in the Court-Room », dans Patrick NERHOT (dir.), *Law, Interpretation and Reality: Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 346.
- DERKSEN, T. et M. MEIJSSING, « The Fabrication of Facts: The Lure of the Incredible Coincidence », dans Hendrik KAPTEIN, Henry PRAKKEN et Bart VERHEIJ (dir.), *Legal*

- Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Burlington, Ashgate Publishing, 2009, p. 39.
- DERSHOWITZ, A. M., « Life Is Not a Dramatic Narrative », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 99.
- DESANCTIS, C. H., « Narrative Reasoning and Analogy: The Untold Story », (2012) 9 *Leg. Commun. Rhetor. JAWLD* 149.
- DIAMOND, S. S., M. R. ROSE et B. MURPHY, « Revisiting the Unanimity Requirement: the Behavior of the Non-Unanimous Civil Jury », (2006) 100-1 *Northwest. Univ. Law Rev.* 201.
- DOUGLASS, A. B. et A. PAVLETIC, « Eyewitness Confidence Malleability », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 149.
- DRIPPS, D. A., « The Substance-Procedure Relationship in Criminal Law », dans Anthony DUFF et Stuart GREEN (dir.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, coll. Oxford Scholarship Online, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 409.
- DUCROS, J., « The Role of the Trial Judge in the Criminal Process », dans *Studies in Criminal Law and Procedure*, Agincourt, Canada Law Book, 1973, p. 1.
- EDMOND, G. et K. ROACH, « A reply to Chasses's “ “Junk Science” by Way of a Higher Burden of Proof’ », (2012) 16 *Rev. Can. Droit Pénal* 357.
- EMBREE, J. D., « The Adversary System of Justice », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 217.
- EPSTEIN, J., « Eyewitness and Erroneous Convictions: An American Conundrum », dans Sarah Lucy COOPER (dir.), *Controversies in Innocence Cases in America*, coll. Controversies in American constitutional law, Farnham, England, Ashgate Publishing Limited, 2014, p. 41.
- EWICK, P. et S. S. SILBEY, « Subversive Stories and Hegemonic Tales: Toward a Sociology of Narrative », (1995) 29-2 *Law Soc. Rev.* 197.
- FARBER, D. A. et S. SHERRY, « Legal Storytelling and Constitutional Law: The Medium and the Message », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 37.
- « Telling Stories out of School: An Essay on Legal Narratives », (1992) 45 *Stanford Law Rev.* 807.
- FERGUSON-GILBERT, C., « It Is Not Whether You Win or Lose, It Is How You Play the Game: Is the Win-Loss Scorekeeping Mentality Doing Justice for Prosecutors », (2001) 38-1 *Calif. West. Law Rev.* 283.
- FERGUSON, R. A., « Story and Transcription in the Trial of John Brown », (1994) 6 *Yale J. Law Humanit.* 37.

- « Untold Stories in the Law », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 84.
- FINDLEY, K. A., « Innocents at Risk: Adversary Imbalance, Forensic Science, and the Search for Truth », (2008) 38-3 *Seton Hall Law Rev.* 893.
- « Innocence Found: The New Revolution in American Criminal Justice », dans Sarah Lucy COOPER (dir.), *Controversies in Innocence Cases in America*, coll. Controversies in American constitutional law, Farnham, Ashgate Publishing, 2014, p. 3.
- « Tunnel Vision », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 303.
- FISHER, R. P. et M. C. REARDON, « Eyewitness Identification », dans David CARSON, Rebecca MILNE, Francis PAKES, Karen SHALEV et Andrea SHAWYER (dir.), *Applying psychology to criminal justice*, Chichester, John Wiley & Sons, 2007, p. 21.
- FRANKEL, M. E., « The Search for Truth : An Umpireal View », (1975) 123-5 *Univ. Pa. Law Rev.* 1031.
- FRIENDLY, H. J., « Is Innocence Irrelevant? Collateral Attacks on Criminal Judgements », (1970) 38 *Univ. Chic. Law Rev.* 142.
- FULLER, L. L., « The Case of the Speluncean Explorers », (1949) 62-4 *Harv. Law Rev.* 616.
- FURGIUELE, A., « The Self-Limiting Appellate Courts and Section 686 », (2007) 52-2 *Crim. Law Q.* 237.
- GARFINKEL, H., « Conditions of Successful Degradation Ceremonies », (1956) 61-5 *Am. J. Sociol.* 420.
- GARRETT, B., « Aggregation in Criminal Law », (2007) 95 *Calif. Law Rev.* 383.
- « Innocence, Harmless Error, and Federal Wrongful Conviction Law », (2005) 2005 *Wis. Law Rev.* 35.
- « Judging Innocence », (2008) 108 *Columbia Law Rev.* 55.
- GEWIRTZ, P., « Narrative and Rhetoric in the Law », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 2.
- « Victims and Voyeurs: Two Narrative Problems at the Criminal Trials », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 135.
- GIVELBER, D., « Lost Innocence: Speculation and Data about the Acquitted », (2005) 42 *Am. Crim. Law Rev.* 1167.
- « Meaningless Acquittals, Meaningful Convictions: Do We Reliably Acquit the Innocent », (1997) 49-4 *Rutgers Law Rev.* 1317.

- « The Adversary System and Historical Accuracy : Can We Do Better ? », dans Sandra D. WESTERVELT et John A. HUMPHREY (dir.), *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001, p. 253.
- GIVELBER, D. et A. FARRELL, « Judges and Juries: The Defense Case and Differences in Acquittal Rates », (2008) 33 *Law Soc. Inq.* 31.
- GLASER, R., « Education and Thinking: The Role of Knowledge », (1984) 39-2 *Am. Psychol.* 93.
- GOLDMAN, A. I., « Why Social Epistemology Is Real Epistemology », dans Adrian HADDOCK, Alan MILLAR et Duncan PRITCHARD (dir.), *Social Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 1.
- GOLDMAN, A. I. et D. WHITCOMB (dir.), « A Guide to Social Epistemology », dans *Social Epistemology: Essential Readings*, Toronto, Oxford University Press, 2011, p. 11.
- GOODPASTER, G., « On the Theory of American Adversary Criminal Trial », (1987) 78-1 *J. Crim. Law Criminol.* 118.
- GRANDE, E., « Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth », dans John JACKSON, Máximo LANGER et Peter TILLERS (dir.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 145.
- GRIFFIN, L. K., « Narrative, Truth, and Trial », (2012) 101 *Georgetown Law J.* 281.
- « Silence, Confessions, and the New Accuracy Imperative », (2016) 65-4 *Duke Law J.* 697-753.
- GROSS, S. R., « Law in the Backwaters: A Comment on Mirjan Damaška's Evidence Law Adrift », (1998) 49-2 *Hastings Law J.* 369.
- « Make-Believe: The Rules Excluding Evidence of Character and Liability Insurance », (1998) 49-3 *Hastings Law J.* 843.
- GROSS, S. R., K. JACOBY, D. J. MATHESON, N. MONTGOMERY et S. PATIL, « Exonerations in the United States, 1989 through 2003 », (2005) 95-2 *J. Crim. Law Criminol.* 523.
- GROSS, S. R. et B. O'BRIEN, « Frequency and Predictors of False Conviction: Why We Know So Little, and New Data on Capital Cases », (2008) 5-4 *J. Empir. Leg. Stud.* 927.
- GROSS, S. R., B. O'BRIEN, C. HU et E. H. KENNEDY, « Rate of false conviction of criminal defendants who are sentenced to death », (2014) 111-20 *Proc. Natl. Acad. Sci. U. S. A.* 7230.
- GRUNEWALD, R., « The Narrative of Innocence, or, Lost Stories », (2013) 25-3 *Law Lit.* 366.
- HARDY, S., « Narrative Theory, Psychology and Law », (2000) 15 *Aust. J. Law Soc.* 194.
- HASEL, L. E. et S. M. KASSIN, « False Confessions », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 53.

- HASTIE, R., « Algebraic models of juror decision processes », dans Reid HASTIE (dir.), *Inside the juror: The psychology of juror decision making*, New York, Cambridge University Press, 1993, p. 84.
- « Introduction », dans Reid HASTIE (dir.), *Inside the juror: The psychology of juror decision making*, New York, Cambridge University Press, 1993, p. 3.
- « The Role of “Stories” in Civil Jury Judgments », (1999) 32-2 *Univ. Mich. J. Law Reform* 227.
- HASTIE, R. et N. PENNINGTON, « The story model for juror decision making », dans Reid HASTIE (dir.), *Inside the juror: The psychology of juror decision making*, New York, Cambridge University Press, 1993, p. 192.
- HOFFMANN, J. L. et W. J. STUNTZ, « Habeas after the Revolution », *Supreme Court Rev.* 1993.65.
- HO, H. L., « The Legitimacy of Medieval Proof », (2004) 19-2 *J. Law Relig.* 259.
- HOLLANDER, J., « Legal Rhetoric », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law’s Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 176.
- HOSKINS, F. P., « The Players of a Criminal Trial », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 195.
- HUFF, C. R., « Wrongful Convictions in the United States », dans C. Ronald HUFF et Martin KILLIAS (dir.), *Wrongful Conviction: International Perspectives on Miscarriages of Justice*, Philadelphia, Temple University Press, 2008, p. 59.
- HUFF, C. R. et M. KILLIAS, « Wrongful Conviction: Conclusions from an International Overview », dans C. Ronald HUFF et Martin KILLIAS (dir.), *Wrongful Conviction: International Perspectives on Miscarriages of Justice*, Philadelphia, Temple University Press, 2008, p. 287.
- JACKSON, J. D., « Adrift But Still Clinging to the Wreckage: A Comment on Damaška’s Evidence Law Adrift », (1998) 49-2 *Hastings Law J.* 377.
- « Analysing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence », (1996) 16 *Oxf. J. Leg. Stud.* 309.
- « Theories of Truth Finding in Criminal Procedure: An Evolutionary Approach », (1988) 10 *Cardozo Law Rev.* 475.
- JOSEPHSON, J. R., « On the Proof Dynamics of Inference to the Best Explanation », (2001) 22-5-6 *Cardozo Law Rev.* 1621.
- KAHAN, D. M. et M. C. NUSSBAUM, « Two Conceptions of Emotion in Criminal Law », (1996) 96-2 *Columbia Law Rev.* 269.
- KAPLOW, L., « Burden of Proof », (2012) 121-4 *Yale Law J.* 738.
- KAPTEIN, H., « Rigid Anarchic Principles of Evidence and Proof: Anomist Panaceas against Legal Pathologies of Proceduralism », dans Hendrik KAPTEIN, Henry PRAKKEN et Bart VERHEIJ (dir.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Burlington,

- Ashgate Publishing Company, 2009, p. 195.
- KASCHUCK, N., « Toward a Proper and Complete Instruction for Photo Lineups: Preserving the Probative Value of Identification Evidence », (2012) 16 *Rev. Can. Droit Pénal* 1.
- KASSIN, S. M., « Human Judges of Truth, Deception, and Credibility: Confident but Erroneous », (2002) 23-3 *Cardozo Law Rev.* 809.
- KELMAN, M., « Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law », (1981) 33-4 *Stanford Law Rev.* 591.
- « Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law », dans Joel FEINBERG et Coleman JULES (dir.), *Philosophy of Law*, 6^e éd., Belmont, Wadsworth, 2000, p. 182.
- KOEHLER, D. J., « Explanation, Imagination, and Confidence in Judgment », (1991) 110-3 *Psychol. Bull.* 499.
- KOEHLERT-PAGE, C., « Like a Glass Slipper on a Stepsister: How the One Ring Rules Them All at Trial », (2013) 91-3 *Neb. Law Rev.* 600.
- KRONMAN, A., « Leontius' Tale », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 54.
- LABOV, W., « Where Should I Begin? », dans Deborah SCHIFFRIN, Anna DE FINA et Anastasia NYLUND (dir.), *Telling Stories: Language, Narrative, and Social Life*, coll. Georgetown University Round Table on Languages and Linguistics Series, Washington, Georgetown University Press, 2010, p. 7.
- LAGNADO, D., « Thinking About Evidence », dans Philip DAWID, William TWINING et Mimi VASILAKI (dir.), *Evidence, Inference and Enquiry*, coll. Proceedings of the British Academy, n°171, Oxford, Published for The British Academy by Oxford University Press, 2011, p. 183.
- LARSON, J. E., « A Good Story and the Real Story », (2000) 34 *John Marshall Law Rev.* 181.
- LAUDAN, L., « Thinking about Error in the Law », dans Alvin I. GOLDMAN et Dennis WHITCOMB (dir.), *Social Epistemology: Essential Readings*, Toronto, Oxford University Press, 2011, p. 271.
- LEACH, A.-M., « Detecting Deception », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 35.
- LEDEWITZ, B., « Habeas Corpus as a Safety Valve for Innocence », (1990) 18 *N. Y. Univ. Rev. Law Soc. Change* 415.
- LEDWON, L., « The Poetics of Evidence: Some Applications from Law & Literature », (2003) 21 *Quinnipiac Law Rev.* 1145.
- LEIPOLD, A. D., « How the Pretrial Process Contributes to Wrongful Convictions », (2005) 42 *Am. Crim. Law Rev.* 1123.
- LEITER, B., « Moral Facts and Best Explanations », (2001) 18-2 *Soc. Philos. Policy* 79–101.

- LEMPERT, R., « Built on Lies: Preliminary Reflections on Evidence Law as an Autopoietic System », (1998) 49-2 *Hastings Law J.* 343.
- « Narrative Relevance, Imagined Juries, and a Supreme Court Inspired Agenda for Jury Research », (2001) 72-1 *Rev. Int. Droit Pénal* 405.
- « New Evidence Scholarship : Analysing the Process of Proof », (1986) 66-3 *Boston Univ. Law* 439.
- « Telling Tales in Court: Trial Procedure and the Story Model », (1991) 13 *Cardozo Law Rev.* 559.
- LEONETTI, D., « The Two-Legged Stool: The Asymmetry of American Aid for the Rule of Law and the Risk of Wrongful Conviction », dans Sarah Lucy COOPER (dir.), *Controversies in Innocence Cases in America*, coll. Controversies in American constitutional law, Farnham, Ashgate Publishing, 2014, p. 86.
- LEO, R. A., « False Confessions : Causes, Consequences, and Solutions », dans Sandra D. WESTERVELT et John A. HUMPHREY (dir.), *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001, p. 36.
- « Rethinking the Study of Miscarriages of Justice: Developing a Criminology of Wrongful Conviction », (2005) 21-3 *J. Contemp. Crim. Justice* 201.
- LEVAL, P. N., « Judicial Opinions as Literature », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 206.
- LOFQUIST, W. S., « Whodunit?: An Examination of the Production of Wrongful Convictions », dans Sandra D. WESTERVELT et John A. HUMPHREY (dir.), *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001, p. 174.
- LOFTUS, E. F. et L. KAUFMAN, « Why do traumatic experiences sometimes produce good memory (flashbulbs) and sometimes no memory (repression)? », dans Eugene WINOGRAD et Ulric NEISSER (dir.), *Affect and Accuracy in Recall: Studies of 'Flashbulb' Memories*, New York, Cambridge University Press, 1992, p. 212.
- LUNA, E., « System Failure », (2005) 42 *Am. Crim. Law Rev.* 1201.
- MACCORMICK, N., « Coherence in Legal Justification », dans Werner KRAWIETZ, Helmut SCHELSKY, Günther WINKLER et Alfred SCHRAMM (dir.), *Theorie der Normen: Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, p. 37.
- MACCRIMMON, M. T., « Developments in the Law of Evidence: The 1989-90 Term: The Process of Proof: Schematic Constraints », (1990) 1-2 *Supreme Court Law Rev.* 345.
- MACFARLANE, B., « Convicting The Innocent : A Triple Failure of the Justice System », (2006) 31 *Manit. Law J.* 403.
- MACKAY, H. E., « Basic Principles of Criminal Law », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 31.

- MACNAIR, D., « Crown Prosecutors and Conflict of Interest: A Canadian Perspective », (2002) 7 *Rev. Can. Droit Pénal* 257.
- MALCOLM, J., « The Side-Bar Conference », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 106.
- MALSCH, M. et I. FRECKELTON, « The Evaluation of Evidence : Differences between Legal Systems », dans Hendrik KAPTEIN, Henry PRAKKEN et Bart VERHEIJ (dir.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Burlington, Ashgate Publishing, 2009, p. 117.
- MANCUSO, J. C., « The Acquisition and Use of Narrative Grammar Structure », dans Theodore R. SARBIN (dir.), *Narrative Psychology: The Storied Nature of Human Conduct*, New York, Praeger, 1986, p. 91.
- MARTIN, D. L., « The Police Role in Wrongful Convictions : An Interntional Comparative Study », dans Saundra D. WESTERVELT et John A. HUMPHREY (dir.), *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001, p. 77.
- MCEWAN, J., « Fact Finding and Evidence », dans David CARSON, Rebecca MILNE, Francis PAKES, Karen SHALEV et Andrea SHAWYER (dir.), *Applying psychology to criminal justice*, Chichester, John Wiley & Sons, 2007, p. 97.
- MC LAUGHLIN, K., « Y a-t-il une autonomie propre à la connaissance historique? », dans Dorian TIFFENEAU (dir.), *La narrativité*, coll. Phénoménologie et hermeunétique, Paris, Éditions du Centre national de la Recherche Scientifique, 1980, p. 203.
- MCMURTRIE, J., « The Role of the Social Sciences in Preventing Wrongful Convictions », (2005) 42 *Am. Crim. Law Rev.* 1271.
- MEDWED, D. S., « Looking Foreword: Wrongful Convictions and Systematic Reform », (2005) 42 *Am. Crim. Law Rev.* 1117.
- MICHAUT, F., « Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit. », (1987) 39-2 *Rev. Int. Droit Comparé* 343-371.
- MINOW, M., « Stories in Law », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 24.
- MITCHELL, J. B., « Evaluating Brady Error Using Narrative Theory: A Proposal for Reform », (2004) 53 *Drake Law Rev.* 599.
- MOCCIA, S., « Vérité substantielle et vérité du procès », (2000) 24-1 *Déviante Société* 109-118.
- MURRAY, D. C., « The Jury Trial », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 285.
- NANCE, D. A., « Naturalized Epistemology and the Critique of Evidence Theory », (2001)

87-8 *Va. Law Rev.* 1551.

« The Weights of Evidence », (2008) 5-3 *Episteme J. Soc. Epistemol.* 267.

NEISSER, U. et N. HARSCH, « Phantom flashbulbs: False recollections of hearing the news about *Challenger* », dans Eugene WINOGRAD et Ulric NEISSER (dir.), *Affect and Accuracy in Recall: Studies of "Flashbulb" Memories*, New York, Cambridge University Press, 1992, p. 9.

NESSON, C., « The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts », (1985) 98-7 *Harv. Law Rev.* 1357.

NEUSCHATZ, J. S., N. JONES, S. A. WETMORE et J. MCCLUNG, « Unreliable Informant Testimony », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 213.

NICOLSON, D., « Truth, Reason and Justice: Epistemology and Politics in Evidence Discourse », (1994) 57 *Mod. Law Rev.* 726.

NUNN, K. B., « The Trial as Text: Allegory, Myth and Symbol in the Adversarial Criminal Process - A Critique of the Role of the Public Defender and a Proposal for Reform », (1994) 32 *Am. Crim. Law Rev.* 743.

O'DAY, R., « Eyewitness Evidence », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 587.

OLSON, E. A. et G. L. WELLS, « What Makes a Good Alibi? A Proposed Taxonomy », 28-2 *Law Hum. Behav.* 157-176.

PARDO, M. S., « Book Review : On Misshapen Stones and Criminal Law's Epistemology », (2007) 86-2 *Tex. Law Rev.* 347.

« The Field of Evidence and the Field of Knowledge », (2005) 24-4 *Law Philos.* 321.

« The Nature and Purpose of Evidence Theory », (2013) 66-2 *Vanderbilt Law Rev.* 547.

PARDO, M. S. et R. J. ALLEN, « Juridical Proof and the Best Explanation », (2008) 27-3 *Law Philos.* 223.

PARKER, S. G., « The Criminal Courts », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 181.

PARK, R. C., « Evidence Scholarship, Old and New », (1991) 75-3 *Minn. Law Rev.* 849.

PARK, R. C. et M. J. SAKS, « Evidence Scholarship Reconsidered: Results of the Interdisciplinary Turn », (2006) 47-5 *Boston Coll. Law Rev.* 949.

PATRON, S., « Sur l'épistémologie de la théorie narrative », (2006) 635-636-1 *Temps Mod.* 262.

- PAYCHERE, F., « Bernard S. Jackson : Law, Fact and Narrative Coherence », (1989) 11-12 *Droit Société* 275.
- PENNINGTON, N. et R. HASTIE, « A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model », (1991) 13 *Cardozo Law Rev.* 519.
« Evidence evaluation in complex decision making », (1986) 51-2 *J. Pers. Soc. Psychol.* 242-258.
- PERRIER, D. C., « An Introduction to Criminal Law », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 1.
- PILLEMER, D. B., « Remembering personal circumstances: A functional analysis », dans Eugene WINOGRAD et Ulric NEISSER (dir.), *Affect and Accuracy in Recall: Studies of "Flashbulb" Memories*, New York, Cambridge University Press, 1992, p. 236.
- PIZZI, W. T., « Sentencing in the US: An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body? », dans John JACKSON, Máximo LANGER et Peter TILLERS (dir.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 65.
- PLAXTON, M. C., « What is (and What Should Be) the Rule Governing Witness Sufficiency in Criminal Cases? », (2002) 7 351.
- POSNER, R. A., « Legal Narratology », (1997) 64 *Univ. Chic. Law Rev.* 737.
- RATTNER, A., « The Sanctity of Criminal Law: Thoughts and Reflection on Wrongful Conviction in Israel », dans C. Ronald HUFF et Martin KILLIAS (dir.), *Wrongful Conviction: International Perspectives on Miscarriages of Justice*, Philadelphia, Temple University Press, 2008, p. 263.
- RICŒUR, P., « La fonction narrative », (1979) 54-2 *Études Théologiques Relig.* 209.
« La fonction narrative », dans Dorian TIFFENEAU (dir.), *La narrativité*, coll. Phénoménologie et herméneutique, Paris, Éditions du Centre national de la Recherche Scientifique, 1980, p. 49.
« L'histoire comme récit », dans Dorian TIFFENEAU (dir.), *La narrativité*, coll. Phénoménologie et herméneutique, Paris, Éditions du Centre national de la Recherche Scientifique, 1980, p. 5.
- RISINGER, M. D., « Guilt vs. Guiltiness : Introduction », (2008) 38-3 *Seton Hall Law Rev.* 885.
« Inquiry, Relevance, Rules of Exclusion, and Evidentiary Reform », (2010) 75-4 *Brooklyn Law Rev.* 1349.
« Unsafe Verdicts: The Need for Reformed Standards for the Trial and Review of Factual Innocence Claims », (2004) 41-4 *Houst. Law Rev.* 1281.
- ROACH, K., « Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes », (2009) 35 *N. C. J. Int. Law Commer. Regul.* 387.
- ROBERTS, P., « Groundwork for a Jurisprudence of Criminal Procedure », dans Anthony DUFF

- et Stuart GREEN (dir.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, coll. Oxford Scholarship Online, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 379.
- ROBINSON, J. A. et L. HAWPE, « Narrative Thinking as a Heuristic Process », dans Theodore R. SARBIN (dir.), *Narrative Psychology: The Storied Nature of Human Conduct*, New York, Praeger, 1986, p. 111.
- ROSEN, D. N., « Rhetoric and Result in the Bobby Seale Trial », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 110.
- ROSS, J., « “He Looks Guilty”: Reforming Good Character Evidence to Undercut the Presumption of Guilt », (2004) 65-2 *Univ. Pittsburgh Law Rev.* 227.
- ROSULEK, L. F., « Legitimation and the Heteroglossic Nature of Closing Arguments », dans Deborah SCHIFFRIN, Anna DE FINA et Anastasia NYLUND (dir.), *Telling Stories : Language, Narrative, and Social Life*, coll. Georgetown University Round Table on Languages and Linguistics Series, Washington, Georgetown University Press, 2010, p. 181.
- SAKS, M. J., « Explaining the Tension between the Supreme Court’s Embrace of Validity as the Touchstone of Admissibility of Expert Testimony and Lower Courts’ (Seeming) Rejection of Same », (2008) 5-3 *Episteme J. Soc. Epistemol.* 329.
- SANKOFF, P., « Corbett, Crimes of Dishonesty and the Credibility Contest: Challenging the Accepted Wisdom on What Makes a Prior Conviction Probative », 2007.10.215.
- SARBIN, T. R., « The Narrative as a Root Metaphor for Psychology », dans Theodore R. SARBIN (dir.), *Narrative Psychology: The Storied Nature of Human Conduct*, New York, Praeger, 1986, p. 3.
- SCHAUER, F., « In Defense of Rule-Based Evidence Law - and Epistemology Too », (2008) 5-3 *Episteme J. Soc. Epistemol.* 295.
- SCHECK, B. et P. NEUFELD, « DNA and Innocence Scholarship », dans Sandra D. WESTERVELT et John A. HUMPHREY (dir.), *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001, p. 241.
- SCHEPPELE, K. L., « Foreword : Telling Stories », (1989) 87-8 *Mich. Law Rev.* 2073.
- « The Ground-Zero Theory of Evidence », (1998) 49-2 *Hastings Law J.* 321.
- « The Reasonable Woman », dans Joel FEINBERG et Hyman GROSS (dir.), *Philosophy of Law*, 5^e éd., Belmont, Wadsworth Publishing, 1995, p. 451.
- SCHIFFER, B. et C. CHAMPOD, « Judicial Error and Forensic Science: Pondering the Contributino of DNA Evidence », dans C. Ronald HUFF et Martin KILLIAS (dir.), *Wrongful Conviction: International Perspectives on Miscarriages of Justice*, Philadelphia, Temple University Press, 2008, p. 33.
- SCHUM, D. A., « Species of Abductive Reasoning in Fact Investigation in Law », (2001) 22-5-6 *Cardozo Law Rev.* 1645.

- SCHUM, D. A. et A. W. MARTIN, « Formal and Empirical Research on Cascaded Inference in Jurisprudence », (1982) 17 *Law Soc. Rev.* 105.
- SEIDMAN, L. M., « Some Stories about Confessions and Confessions about Stories », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 162.
- SEIGEL, M., « A Pragmatic Critique of Modern Evidence Scholarship », (1994) 88-3 *Northwest. Univ. Law Rev.* 995.
- SHERWIN, R. K., « A Matter of Voice and Plot: Belief and Suspicion in Legal Storytelling », (1988) 87 *Mich. Law Rev.* 543.
- « Dialects and Dominance: A Study of Rhetorical Fields In the Law of Confessions », (1987) 136 *Univ. Pa. Law Rev.* 729.
- « Law Frames: Historical Truth and Narrative Necessity in a Criminal Case », (1994) 47 *Stanford Law Rev.* 39.
- « The Narrative Construction of Legal Reality », (1994) 18 *Vt. Law Rev.* 681.
- SIEGEL, A. M., « Moving Down the Wedge of Injustice: A Proposal for a Third Generation of Wrongful Convictions Scholarship and Advocacy », (2005) 42 *Am. Crim. Law Rev.* 1219.
- SIMON, D., « A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making », (2004) 71-2 *Univ. Chic. Law Rev.* 511.
- « The Limited Diagnosticity of Criminal Trials », (2011) 64 *Vanderbilt Law Rev.* 143.
- SIMON, J. et M. M. FEELEY, « The Form and Limits of the New Penology », dans Thomas G. BLOMBERG et Stanley COHEN (dir.), *Punishment and social control*, Enlarged 2nd, coll. New lines in criminology, New York, Aldine de Gruyter, 2003, p. 75.
- SPERLING, C., « When Finality and Innocence Collide », dans Sarah Lucy COOPER (dir.), *Controversies in Innocence Cases in America*, coll. Controversies in American constitutional law, Farnham, Ashgate Publishing, 2014, p. 139.
- STUNTZ, W. J., « The Uneasy Relationship between Criminal Procedure and Criminal Justice », (1997) 107 *Yale Law J.* 1.
- SUTTON-SMITH, B., « Children's Fiction Making », dans Theodore R. SARBIN (dir.), *Narrative Psychology: The Storied Nature of Human Conduct*, New York, Praeger, 1986, p. 67.
- SWIFT, E., « Narrative Theory, FRE 803(3), and Criminal Defendants' Post-Crime State of Mind Hearsay », (2008) 38-3 *Seton Hall Law Rev.* 975.
- TILLERS, P., « Are There Universal Principles or Forms of Evidential Inference? Of Inference Networks and Onto-Epistemology », dans John JACKSON, Máximo LANGER et Peter TILLERS (dir.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 179.

- TILLERS, P. et D. SCHUM, « A Theory of Preliminary Fact Investigation », (1990) 24 *UC Davis Law Rev.* 931.
- TUFTS, A. T., « How Judges Decide Cases: Assessing Credibility », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 639.
- TWINING, W., « Moving Beyond Law: Interdisciplinarity and the Study of Evidence », dans Philip DAWID, William TWINING et Mimi VASILAKI (dir.), *Evidence, Inference and Enquiry*, coll. Proceedings of the British Academy, n°171, Oxford, Published for The British Academy by Oxford University Press, 2011, p. 73.
- « Narrative and Generalizations in Argumentation about Questions of Fact », (1999) 40-2 *South Tex. Law Rev.* 351.
- VANDE KERCHOVE, M., « La vérité judiciaire: quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ? », (2000) 24-1 *Déviante Société* 95-101.
- « Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale: quelle vérité ? », (2013) 84-2 *Droit Société* 411-432.
- VAN KESSEL, G., « A Summary of Mirjan R. Damaška's Evidence Law Adrift », (1998) 49-2 *Hastings Law J.* 359.
- VOLK, K., « Quelques vérités sur la vérité, la réalité et la justice », (2000) 24-1 *Déviante Société* 103.
- VORENBERG, A., « Essay: The Moral of the Story - The Power of Narrative to Inspire and Sustain Scholarship », (2011) 8 *Leg. Commun. Rhetor. JAWLD* 257.
- VRIJ, A., « Credibility Assessments in a Legal Context », dans David CARSON, Rebecca MILNE, Francis PAKES, Karen SHALEV et Andrea SHAWYER (dir.), *Applying psychology to criminal justice*, Chichester, John Wiley & Sons, 2007, p. 81.
- WALKER, C. et C. MCCARTNEY, « Criminal Justice and Miscarriages of Justice in England and Wales », dans C. Ronald HUFF et Martin KILLIAS (dir.), *Wrongful Conviction: International Perspectives on Miscarriages of Justice*, Philadelphia, Temple University Press, 2008, p. 183.
- WALPIN, G., « America's Adversarial and Jury Systems: More Likely to Do Justice », (2003) 26 *Harv. J. Law Public Policy* 175.
- WEIGEND, T., « Is the Criminal Process about Truth: A German Perspective », (2003) 26 *Harv. J. Law Public Policy* 157.
- WEISBERG, R., « Proclaiming Trials as Narratives: Premises and Pretenses », dans Peter BROOKS et Paul GEWIRTZ (dir.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 61.
- WILLISTON, B. D., « The Basic Principles of Evidence », dans Joel E. PINK et David C. PERRIER (dir.), *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p. 229.
- WINTER, S. L., « The Cognitive Dimension of the Agon Between Legal Power and Narrative

Meaning », (1989) 87-8 *Mich. Law Rev.* 2225.

ZALMAN, M., « The Adversary System and Wrongful Conviction », dans C. Ronald HUFF et Martin KILLIAS (dir.), *Wrongful Conviction: International Perspectives on Miscarriages of Justice*, Philadelphia, Temple University Press, 2008, p. 71.

ZIMMERMAN, C. S., « Back from the Courthouse: Corrective Measures to Address the Role of the Informants in Wrongful Convictions », dans Sandra D. WESTERVELT et John A. HUMPHREY (dir.), *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2001, p. 199.

ZIMMERMAN, D. M., J. L. AUSTIN et M. B. KOVERA, « Suggestive Eyewitness Identification Procedures », dans Brian L. CUTLER (dir.), *Conviction of the Innocent: Lessons from Psychological Research*, Washington, American Psychological Association, 2012, p. 125.

Mémoires et thèses

LARAMÉE, Y., *L'erreur judiciaire: une démonstration difficile*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 2004, en ligne : <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/2353>> (consulté le 10 février 2015).

MORAN, M., *Rethinking the Reasonable Person: Custom, Equality and the Objective Standard*, Thèse de doctorat, Toronto, Université de Toronto, 1999, en ligne : <http://www.collectionscanada.gc.ca/obj/s4/f2/dsk1/tape9/PQDD_0006/NQ41086.pdf> (consulté le 17 mars 2016).

PRATES FRAGA, F., *La construction du verdict de culpabilité: magistrature pénale et production de vérité judiciaire au Brésil*, Thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, 2014, en ligne : <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/10796>>.

WILLIAMS, S. M., *Narrative Rationality in Jury Decision-Making*, Thèse de doctorat, Iowa City, University of Iowa, 1997, en ligne : <<http://search.proquest.com/ncjrs/docview/304343092/fulltextPDF/6E17F6824E3A44F4PQ/11?accountid=12543>> (consulté le 1 mai 2016).

Documents gouvernementaux

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *Les poursuites privées*, coll. Document de travail, n°52, Ottawa, La Commission, 1986.

Notre procédure pénale, coll. Documents de travail, n°32, Ottawa, La Commission, 1988.

GOUDGE, S. T., *Inquiry Into Pediatric Forensic Pathology in Ontario*, Ontario, 2008, en ligne : <<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/goudge/index.html>>.

GROUPE DE TRAVAIL DU COMITE FPT DES CHEFS DES POURSUITES PENALES, *Rapport sur la prévention des erreurs judiciaires*, 2004.

KAUFMAN, F., *Report of the Kaufman Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin*, Toronto, Ontario Ministry of the Attorney General, 1998, en ligne : <<https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/morin/>>.

LAMER, A., *The Lamer Commission of Inquiry Pertaining to the Cases of: Ronald Dalton, Gregory Parsons, Randy Druken*, Newfoundland, 2006, en ligne : <<http://www.justice.gov.nl.ca/just/publications/lamerreport.pdf>>.

Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Digest of Findings and Recommendations, Nova Scotia, 1989, en ligne : <http://novascotia.ca/just/marshall_inquiry/_docs/Royal%20Commission%20on%20the%20Donald%20Marshall%20Jr%20Prosecution_findings.pdf>.

Dictionnaires et ouvrages généraux

BLAY, M. (dir.), *Grand Dictionnaire de la Philosophie*, 2^e éd., Paris, Larousse; CNRS Éditions, 2012.

BOTHAMLEY, J., *Dictionary of Theories*, Detroit, Gale Research International, 1993.

BUNNIN, N. et J. YU, *The Blackwell Dictionary of Western Philosophy*, Malden, Blackwell Publishing, 2004.

CHARAUDEAU, P. et D. MAINGUENEAU (dir.), *Dictionnaire d'analyse du discours*, Paris, Édition du Seuil, 2002.

DUKELOW, D. A., *Pocket Dictionary of Canadian Law*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 2002.

The Dictionary of Canadian Law, 4^e éd., Toronto, Carswell, 2011.

GARNER, B. A. (dir.), *Black's Law Dictionary*, 9^e éd., St. Paul, West Publishing, 2009.

GOUVERNEMENT DU CANADA, « TERMIUM Plus », *La banque de données terminologiques et linguistiques du gouvernement du Canada* (8 octobre 2009), en ligne : <<http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2alpha/alpha-fra.html?lang=fra>> (consulté le 18 mars 2016).

HONDERICH, T. (dir.), *The Oxford Companion to Philosophy*, 2^e éd., coll. MyiLibrary, Oxford, Oxford University Press, 2005.

ORAN, D., *Oran's Dictionary of the Law*, 2nd ed., St. Paul, West Publishing, 1991.

PRINCE, G., *A Dictionary of Narratology*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2003.

STATSKY, W. P., *West's Legal Thesaurus/Dictionary: A Resource for the Writer and the Computer Researcher*, St. Paul, West Publishing, 1985.

STATSKY, W. P., B. L. HUSSEY, M. R. DIAMOND et R. H. NAKAMURA, *West's Legal Desk Reference*, St. Paul, West Publishing, 1991.

Autres sources

- DOUGLAS, H., « Developing the Defining Narrative & Winning at Trial », *Slaw* (16 mars 2016), en ligne : <<http://www.slaw.ca/2016/03/16/developing-the-defining-narrative-winning-at-trial/>> (consulté le 16 mars 2016).
- GILBERT, D. I., M. E. GILFARB et S. K. TALPINS, « Basic Trial Techniques for Prosecutors », *National District Attorneys Association* (Mai 2005), en ligne : <http://www.ndaa.org/pdf/basic_trial_techniques_05.pdf>.
- RAKOFF, J. S., J. S. RAKOFF, J. P. STEVENS et G. O'BRIEN, « Why Innocent People Plead Guilty », *The New York Review of Books* (20 novembre 2014), en ligne : <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2014/nov/20/why-innocent-people-plead-guilty/>> (consulté le 10 février 2015).
- « Accusations et causes devant les tribunaux de juridiction criminelle pour adultes, Canada, 2008–2009 », *Statistique Canada*, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2010002/article/11293/tbl/tbl1-fra.htm>> (consulté le 11 mai 2016).
- « Innocence Project », en ligne : <www.innocenceproject.org> (consulté le 20 août 2016).
- « La décision de poursuivre », *Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec*, en ligne : <http://www.dpcp.gouv.qc.ca/documentation/orientations_mesures/2-decision-poursuivre.aspx> (consulté le 22 février 2016).