

Le jury de common law comme héritier du jugement de Dieu : la vérité du verdict peut-elle être motivée?

Anne-Françoise Debruche

Volume 50, Number 1, 2020

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1070089ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1070089ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Debruche, A.-F. (2020). Le jury de common law comme héritier du jugement de Dieu : la vérité du verdict peut-elle être motivée? *Revue générale de droit*, 50(1), 39–94. <https://doi.org/10.7202/1070089ar>

Article abstract

In 1219, trial by jury replaces trial by ordeal to adjudicate criminal liability. The lack of reasons given to sustain the jury's verdict mirrors the practice of the ordeal (also called God's judgment) and endures to this day in common law countries such as England, the U.S. or Canada, despite an ongoing controversy. Our thesis here is that we can learn much about this "black box" practice through perusing the historical continuity between these two forms of trial, the new and the old.

How does trial by jury relate to trial by water (or by fire)? Procedural similarities are striking. Both represent the dramatization of a public "ordeal"; both rely on proceedings attuned to the interests of the parties instead of those of an all-powerful State; both imply a certain role for the judge in terms of the construction of the truth, and the nature of this truth. But how do these similarities help explaining why the truth of the verdict continues to be today what it has always been: without given reasons and very difficult to upset through an appeal? In other words, what we explore here is how the rise and fall of the medieval judgment of God can contribute to a better understanding of the modern institution of the jury in England and Canada, including the lack of reasons still characterizing its verdicts.

Le jury de common law comme héritier du jugement de Dieu : la vérité du verdict peut-elle être motivée?*

ANNE-FRANÇOISE DEBRUCHE*

RÉSUMÉ

En 1219, le jury de jugement remplace en Angleterre l'épreuve ordalique pour décider de la culpabilité en matière pénale. L'absence de motivation à l'appui du verdict rendu par le jury, qui caractérisait déjà l'ordalie (également appelée jugement de Dieu), perdure aujourd'hui dans les pays de common law comme l'Angleterre, les États-Unis ou le Canada, et la continuité historique unissant le jury à l'ordalie médiévale contribue à éclairer de manière stimulante ce trait de plus en plus controversé.

Quel rapport y a-t-il entre l'actuelle procédure par jury et le rite ordalique par l'eau ou par le feu? En quoi les remarquables similitudes qu'offrent les deux procédures, notamment en ce qui a trait à la dramatisation d'une épreuve publique, à une justice servant les intérêts des parties plutôt que ceux d'un État tout-puissant ou encore au rôle du juge dans la production de la vérité et de la nature de celle-ci, nous permettent-elles de mieux comprendre pourquoi la vérité issue du verdict continue d'être ce qu'elle a toujours été en common law : non motivée et très peu susceptible d'appel quant au fond? Bref, en quoi la splendeur, puis la chute du jugement de Dieu médiéval nous renseignent-elles sur certains traits caractéristiques de l'institution du jury aujourd'hui, y compris le caractère non motivé de ses verdicts? C'est ce que nous entendons explorer ici au regard du jury anglo-canadien contemporain.

MOTS-CLÉS :

Jury, verdict, motivation, ordalie, histoire comparée.

ABSTRACT

In 1219, trial by jury replaces trial by ordeal to adjudicate criminal liability. The lack of reasons given to sustain the jury's verdict mirrors the practice of the ordeal (also called

* Cet article a bénéficié d'une subvention accordée par la Fondation Raoul Barbe et Yolande Larose.

** Professeure agrégée, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

God's judgment) and endures to this day in common law countries such as England, the U.S. or Canada, despite an ongoing controversy. Our thesis here is that we can learn much about this "black box" practice through perusing the historical continuity between these two forms of trial, the new and the old.

How does trial by jury relate to trial by water (or by fire)? Procedural similarities are striking. Both represent the dramatization of a public "ordeal"; both rely on proceedings attuned to the interests of the parties instead of those of an all-powerful State; both imply a certain role for the judge in terms of the construction of the truth, and the nature of this truth. But how do these similarities help explaining why the truth of the verdict continues to be today what it has always been: without given reasons and very difficult to upset through an appeal? In other words, what we explore here is how the rise and fall of the medieval judgment of God can contribute to a better understanding of the modern institution of the jury in England and Canada, including the lack of reasons still characterizing its verdicts.

KEY-WORDS:

Jury, reasons for verdict, ordeal, comparative history.

SOMMAIRE

Introduction.....	41
I. Le <i>trial</i> comme rite décisoire.....	44
A. Ordalie, jugement de Dieu et jury.....	45
B. La mise en scène d'une épreuve publique.....	49
1. Une épreuve plutôt qu'une preuve.....	49
2. Une « justice-spectacle ».....	54
C. Une justice entre les mains des parties.....	55
1. Un combat opposant deux parties de même nature.....	56
2. Des règles négociables au gré des intérêts individuels... ..	61
D. Une procédure faisant office de « religion à côté des religions ».....	63
1. Le prosélytisme de la culture « adversariale ».....	65
2. Une expansion au-delà du droit.....	66
II. La vérité née du <i>trial</i> : un « devoir être » plutôt qu'un « avoir été ».....	68
A. Le juge au service du rite producteur de vérité.....	68
1. Un « prêtre en acte » chargé d'assurer le bon déroulement du rituel procédural.....	68
2. Un officiant susceptible d'influencer le résultat de l'épreuve.....	71
a. Le juge, le prêtre et l'ordalie.....	71

b.	Le juge et le jury de jugement	73
i.	Le pouvoir de modifier le contenu du verdict	73
ii.	Le pouvoir de guider la fabrication du verdict	75
B.	Une vérité de type sacramentel issue du rite procédural	81
1.	La présomption d’omniscience accompagnant le jugement de Dieu	81
2.	Le respect du rite procédural comme source de validation substantielle	82
C.	Une motivation antithétique?	87
Conclusion	92



INTRODUCTION

En 1219, le jury de jugement remplace en Angleterre l’épreuve ordalique pour décider de la culpabilité en matière pénale. L’absence de motivation à l’appui du verdict rendu par le jury¹, qui caractérisait déjà l’ordalie, perdue aujourd’hui dans les pays de common law comme l’Angleterre, les États-Unis ou le Canada. Huit siècles plus tard toutefois, ce mutisme est mis en cause de part et d’autre de l’Atlantique Nord. Certains auteurs anglais et canadiens, faisant écho aux valeurs actuelles de bonne gouvernance et de transparence attendues des institutions publiques, soutiennent que les raisons sous-tendant la décision des jurés devraient être explicitées au bénéfice de la partie condamnée au même titre que n’importe quel jugement². De son côté, au nom d’une

1. Dans la présente contribution, « verdict » désignera uniquement la décision rendue par un jury criminel et non celle d’un juge siégeant seul.

2. Certaines de ces publications s’apparentent à des pamphlets militant en faveur de la motivation des verdicts, un parti pris de départ qui tend à alléger la prise en compte des arguments opposés et qui réduit donc quelque peu leur force de conviction scientifique; voir Mark Coen et Jonathan Doak, « Embedding Explained Jury Verdicts in the English Criminal Trial » (2017) 37:4 LS 786, ou Richard L Lippke, « The Case for Reasoned Criminal Trial Verdicts » (2009) 22:2 Can JL & Jur 313. Pour un état des lieux plus bref et plus neutre, voir J R Spencer, « Inscrutable Verdicts. The Duty to Give Reasons and Article 6 of the European Convention on Human Rights » (2001) 1 Archbold News 5. Et pour une analyse plus exhaustive, comparative et sociologique, voir John D Jackson, « Making Juries Accountable » (2002) 50:3 Am J Comp L 477. Pour le Canada, le meilleur état des lieux et l’argumentation la plus nuancée se trouvent dans Travis Hreno, « Necessity and Jury Nullification » (2007) 20:2 Can JL & Jur 351.

conception formelle abstraite du procès équitable³, la Cour européenne des droits de l'homme milite pour une motivation toujours plus étendue des verdicts⁴, inquiétant ainsi les autorités anglaises désireuses de préserver le *statu quo* garanti par la notion de *contempt of court*⁵. À l'opposé, au Canada, la Cour suprême a décidé en 2001 que le secret du délibéré (et donc, la non-motivation des verdicts) représentait l'un des éléments essentiels du procès équitable, et l'une des clés de voûte du principe de l'indépendance du jury criminel inscrit à l'art 11(f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶. Au Canada comme en Angleterre en effet, la question de la motivation des verdicts trouve peu d'écho en pratique et le *statu quo* ne paraît pas prêt d'être ébranlé⁷. Les arguments d'ordre concret à l'encontre de la motivation ne manquent évidemment pas : intimidation possible des jurés, extrême difficulté pour 12 non-juristes de s'accorder sur une motivation en droit, affaiblissement de l'autorité du verdict qui deviendrait plus aisément discutable, etc. Mais à côté de ceux-ci, on sent dans la résistance spontanée des juges et juristes de common law qu'il s'agirait là d'une mutation presque contre nature de l'institution du jury, et qu'exiger des jurés qu'ils s'expliquent formellement des raisons de leur décision reviendrait à abandonner le jury lui-même⁸. Alors même que

3. C'est-à-dire élaborée par la Cour indépendamment des différents systèmes juridiques nationaux des Hautes parties contractantes au traité CEDH : Antoine Garapon et Ioannis Pappadopoulos, *Juger en Amérique et en France : culture juridique française et common law*, Paris, Odile Jacob, 2003 à la p 301.

4. Les condamnations ont jusqu'ici concerné essentiellement la Belgique et la France, la Belgique en particulier ayant conservé un jury de type anglais inscrit dans sa constitution : voir notamment *Taxquet c Belgique* [GC], n° 926/05, [2010] VI CEDH 105 [*Taxquet*]; *Agnelet c France*, n° 61198/08 (10 janvier 2013), et par ex Ann Jacobs et Valérie Malabat, « Procès d'assise et procès équitable » (2011) 87 RTDH 695.

5. Qui interdit au jury de discuter avec des tiers de ce qui s'est passé en salle de délibération. L'Angleterre s'était d'ailleurs portée partie intervenante dans l'affaire *Taxquet* pour défendre cette application du *contempt of court* (cette disposition du *Contempt of Court Act* (R-U), 1981, c 49 ne concerne plus aujourd'hui que l'Irlande du Nord et l'Écosse; pour l'Angleterre, elle a été remplacée par l'art 20D du *Juries Act 1974* (R-U), c 23 : voir *infra* note 258). La Cour européenne des droits de l'homme en degré d'appel (Grande chambre) a reconnu en 2010 que les directives du juge anglais au jury précédant le verdict pouvaient tenir lieu d'explications sur les raisons de celui-ci, mais la jurisprudence de la Cour évolue dans le sens d'une exigence de motivation toujours plus grande et la question est donc loin d'être close; voir notamment l'opinion dissidente dans *Lhermitte c Belgique* [GC], n° 34238/09, [2016] CEDH 7 [*Lhermitte*].

6. *R c Pan*; *R c Sawyer*, 2001 CSC 42, [2001] 2 RCS 344 [*Pan Sawyer*].

7. Un constat exprimé notamment par Spencer, *supra* note 2 à la p 7, et par Coen et Doak, *supra* note 2 aux pp 787 et 805.

8. Exprimé notamment par William Rodolph Cornish, *The Jury*, Londres (R-U), Allen Lane, 1968 à la p 258, cité par Jackson, *supra* note 2 à la p 477.

ces verdicts non motivés font figure d'anomalie au sein du système de justice criminelle contemporain⁹, quelle pourrait être l'origine de cette particularité placée au cœur même de l'institution du jury?

Nous aimerions proposer ici une lecture alternative du problème de la motivation des verdicts, fondée sur la continuité historique unissant le jury à l'ordalie qui l'a précédé en Angleterre médiévale. Quel rapport entre l'actuelle procédure par jury et le rite ordalique par l'eau ou par le feu? En quoi les remarquables similitudes qu'offrent les deux procédures, notamment en ce qui a trait à la dramatisation d'une épreuve publique, à une justice servant les intérêts des parties plutôt que ceux d'un État tout-puissant ou encore au rôle du juge dans la production de la vérité et de la nature de celle-ci, nous permettent-elles de mieux comprendre pourquoi la vérité issue du verdict continue d'être ce qu'elle a toujours été en common law: non motivée et très peu susceptible d'appel quant au fond¹⁰? Bref, en quoi la splendeur, puis la chute de l'ordalie médiévale nous renseignent-elles sur certains traits caractéristiques de l'institution du jury aujourd'hui? C'est ce que nous entendons explorer ici au regard du jury anglo-canadien contemporain, en nous appuyant particulièrement sur *La grâce des juges* de Robert Jacob, ouvrage récent consacré à l'impact de l'ordalie médiévale christianisée sur les formes processuelles qui lui ont succédé en Angleterre et en Europe continentale¹¹. L'ouvrage *Juger en Amérique et en France*, d'Antoine Garapon et Ioannis Papadopoulos, permet également d'opérer certains rapprochements stimulants en sens inverse (du jury vers l'ordalie) qui seront ici mis à profit¹².

Le plan proposé s'articule autour de la notion de *trial*, mot d'ancien français qui désignait à l'origine l'action de trier: le *trial*, c'est le moment dans la procédure où l'on « trie » la bonne cause de la mauvaise, donc le moment de la décision portant sur les prétentions des parties qui

9. Par ex Coen et Doak, *supra* note 2 à la p 792.

10. C'est-à-dire pour d'autres raisons que celles découlant du respect des « règles du jeu » procédural: *infra* note 234.

11. Robert Jacob, *La grâce des juges: l'institution judiciaire et le sacré en Occident*, Paris, Presses universitaires de France, 2014. Spécialiste de l'ordalie médiévale, l'auteur replace également l'ordalie dans un contexte anthropologique contemporain et enrichit son étude historique de la procédure et des modes de résolution des conflits de perspectives empruntées à la lexicologie, la théologie et d'autres sciences sociales. Par ailleurs, un important volet consacré à la procédure chinoise permet de mieux faire ressortir la singularité de l'évolution européenne: Anne-Françoise Debruche, « Juger sur la terre comme au ciel? » (2016) 29:1 RQDI 213.

12. Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3. La comparaison se concentre sur les États-Unis et la France aujourd'hui.

sont ainsi mises à l'épreuve et départagées¹³. En ce sens étroit, le *trial* correspond à l'épreuve ordalique par l'eau ou le feu du droit pénal (*trial by water* ou *trial by fire*), voire le duel judiciaire (*trial by battle*) ou le serment décisoire (*wager of law*) utilisés en droit des biens ou des contrats, mais aussi à l'intervention du jury de jugement (*trial by jury*). Par métonymie, le mot en est venu à désigner aujourd'hui l'ensemble de la procédure de première instance, que l'on traduit alors par « procès »¹⁴. Le double sens du mot anglais nous permettra de parler à la fois du moment de la décision et de la procédure qui y conduit, raison pour laquelle nous le conserverons tel quel dans ce texte en français.

Dans une première partie, après avoir apporté quelques précisions au sujet de l'ordalie, nous comparerons certains traits essentiels de la procédure par ordalie (*trial by ordeal*) et par jury, entendues comme des rites décisaires destinés à trancher les litiges de manière publique au gré d'intérêts essentiellement privés (I). Ce rapprochement établi entre les deux types de procédure, nous serons en mesure d'examiner dans une seconde partie la nature de la vérité née du *trial* (par jury ou par ordalie), le rôle du juge dans la fabrication de cette vérité, et l'impact de ces deux éléments caractéristiques sur la motivation du verdict en Angleterre et au Canada. Précisons que si notre étude se concentrera sur ces deux pays, quelques références seront faites le cas échéant aux États-Unis, ainsi qu'au système européen continental de type inquisitoire développé à partir de la procédure ecclésiastique d'enquête; ce dernier, en particulier, nous permettra de mieux mettre en relief l'originalité de la procédure par jury.

I. LE TRIAL COMME RITE DÉCISOIRE

L'épreuve ordalique permet de trancher un litige en « expulsant la thèse contraire [...] autour de l'exécution d'un rituel »¹⁵. Après quelques précisions sur l'ordalie et sa version christianisée, le jugement de Dieu, ainsi que sur le remplacement de celui-ci par le jury anglais au XIII^e siècle en matière pénale (A), nous évoquerons certaines similitudes cruciales entre le *trial by ordeal* et le *trial by jury* dans le but de pouvoir mieux définir par la suite la nature particulière de la vérité issue du *trial*:

13. John H Baker, *Manual of Law French*, 2^e éd, Londres (R-U), Scolar Press, 1990 à la p 208.

14. Jacob, *supra* note 11 à la p 257.

15. *Ibid* aux pp 54 et 56.

le fait qu'il s'agisse dans les deux cas de la mise en scène d'une épreuve publique (B), d'une forme de justice reposant essentiellement sur l'assentiment et les choix procéduraux des parties (C), mais aussi d'une procédure porteuse d'une forme de sacré qui lui est propre (D). À travers cette comparaison sélective de traits communs inattendus entre l'ancien et le nouveau, notre point d'ancrage sera le jury contemporain, mais ses formes anciennes seront abordées lorsque les mutations elles-mêmes enrichissent le rapprochement entre jury et ordalie.

A. Ordalie, jugement de Dieu et jury

Robert Jacob présente l'ordalie comme « un mode de règlement des litiges qui tout à la fois fascine et déconcerte »¹⁶, notamment en ce qu'elle s'oppose au « monde rationnel du droit » issu du droit romain et de la common law¹⁷. Quand il ajoute qu'il importe de recourir à d'autres sciences sociales que le droit pour l'étudier, telle l'histoire ou l'anthropologie comparative¹⁸, on se dit qu'il pourrait tout aussi bien présenter ainsi l'institution du jury, objet d'étude emblématique des sciences sociales américaines ou canadiennes¹⁹, souvent taxée d'irrationalité et cible récurrente de critiques virulentes comme d'enthousiasmes inconditionnels²⁰.

Mais qu'est-ce que l'ordalie? Il s'agit d'une épreuve à laquelle se soumettent l'une ou les deux parties à un litige, et qui décidera de l'issue de celui-ci. Cette épreuve peut prendre diverses formes pour les participants : par immersion (ou jugement de l'eau froide), elle leur impose de se plonger dans l'eau et d'y demeurer un certain temps, à la manière d'une épreuve d'apnée; par le feu, elle implique qu'ils soient brûlés par un fer porté au rouge, la cicatrisation optimale témoignant de la

16. *Ibid* à la p 22 et au même effet, Robert Bartlett, *Trial by Fire and Water: The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford, Clarendon Press, 1986 à la p 1.

17. Jacob, *supra* note 11 aux pp 22-23, et Bartlett, *supra* note 16 à la p 1.

18. Jacob, *supra* note 11 à la p 24.

19. Mais beaucoup moins en Angleterre où le *contempt of court* interdit aux chercheurs d'interroger les jurés sur leur expérience : Sally Lloyd-Bostock et Cheryl Thomas, « The Continuing Decline of the English Jury » dans Neil Vidmar, dir, *World Jury Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 53 à la p 58. Au Canada, la limite est identique, mais les sciences sociales s'intéressent néanmoins au jury de façon indirecte : Sonia R Chopra et James R P Ogloff, « Evaluating Jury Secrecy: Implications for Academic Research and Juror Stress » (2000) 44 Crim LQ 190.

20. Pour un panorama général, voir Neil Vidmar, « A Historical and Comparative Perspective on the Common Law Jury » dans Vidmar, dir, *supra* note 19, 1.

réussite²¹; par ingestion, elle signifie la prise sans dommage visible et durable d'eau additionnée de terre ou de poussière²², de riz cru²³, de pain et de fromage²⁴ ou de poison (administré à un « champion » animal représentant le ou les participants)²⁵; par combat (c'est le duel judiciaire), elle prend la forme d'une lutte armée entre les deux parties²⁶. Proche de la composition pécuniaire et surtout du serment décisive, dont il n'est pas toujours aisé de la distinguer²⁷, l'ordalie peut paraître archaïque aux yeux des juristes contemporains habitués à voir les conflits tranchés par une autorité judiciaire quelconque; pourtant, elle subsiste aujourd'hui dans certaines parties de l'Afrique et de l'Asie²⁸.

Quel est l'intérêt d'un tel mode « irrationnel » de résolution des litiges? Essentiellement, il s'agit d'imposer la décision à la partie qui perd (nécessairement la plus réticente à l'accepter) en s'appuyant sur une unité de croyance au sein de la société concernée: remettre en cause le résultat de l'épreuve revient à admettre publiquement que l'on doute de l'existence de la divinité ou des puissances magiques supposées contrôler le bon déroulement des opérations, et donc concrètement à s'ostraciser en mettant en péril sa survie au sein de la communauté. L'ordalie vise donc à reconstituer le tissu social mis à mal par le conflit au moyen de l'exécution d'un certain rituel, qui étouffe la contradiction grâce à la cohésion du groupe, et se révèle très utile en l'absence d'un système de résolution des litiges par voie d'autorité raisonnablement attractif, impératif ou efficace (ainsi par des juges

21. Une variante étant l'ordalie dite du chaudron, où il s'agissait de récupérer un objet placé au fond d'un chaudron rempli d'huile bouillante, et qui se prête à la pratique bilatérale; voir le documentaire réalisé par Raymond Verdier au Togo en 2011, « Justices de l'invisible – La vérité du feu en pays Kabyè », en ligne: *Université Paris Nanterre* <webtv.parisnanterre.fr/videos/justices-de-linvisible/>.

22. Par exemple dans certaines parties de l'Afrique, chez les Hébreux ou dans le Japon médiéval.

23. Ainsi chez le peuple Yi du Yunnan, en Chine.

24. Au Moyen Âge européen.

25. On trouve de tels exemples en Afrique.

26. Pour une typologie et une présentation générales, voir Jacob, *supra* note 11 aux pp 78–81 et 430–33; Bartlett, *supra* note 16 aux pp 13–24.

27. Les paroles de celui qui jure pour gagner sa cause peuvent être perçues comme une épreuve, puisqu'il s'expose en théorie à une punition divine en cas de mensonge. Mais le serment présente d'autres utilités que l'ordalie, notamment le serment promissoire de dire vrai: Jacob, *supra* note 11 aux pp 31–32.

28. Voir tout spécialement le film de Verdier, *supra* note 21, et Jacob, *supra* note 11 aux pp 23–24; Bartlett, *supra* note 16 aux pp 34–36 et les références citées.

représentant un pouvoir politique suffisamment fort pour faire respecter leurs décisions)²⁹.

Si les survivances de l'ordalie sont aujourd'hui de nature païenne plutôt que monothéiste, l'Europe christianisée du « moment carolingien » des VIII^e et IX^e siècles va transformer l'ordalie en jugement de Dieu : « à société chrétienne, roi chrétien et jugement chrétien »³⁰. Les nouveaux souverains, sacrés et débiteurs de justice, exhortent leurs sujets à croire au jugement d'un dieu lui-même disposé à manifester directement sa justice dans les arcanes de la procédure humaine : c'est le triomphe d'un monothéisme fondé sur le livre de Daniel, ouvertement sauvé par Dieu dans la fosse aux lions, plutôt que sur celui de Job, qui ne pouvait discerner aucune justice dans les tourments que Dieu lui envoyait — donc, la possibilité d'une justice divine rétributive plutôt que transcendante³¹. La procédure conduisant à l'ordalie christianisée s'appuie sur la médiation des sacrements (eucharistie et confession, notamment) et privilégie les épreuves unilatérales³² par le feu, les eaux froides ainsi que le pain et le fromage pour trancher des affaires d'adultère, de vol, d'homicide et d'accusations de magie. Dans chaque cas, il appartient à un prêtre, représentant de Dieu, d'en constater l'échec ou la réussite. De France et d'Allemagne, le jugement de Dieu se diffuse dans le nord de l'Europe (Danemark et Norvège), en Hongrie et en Angleterre, où il connaîtra une grande popularité³³.

La critique principale que certains théologiens ont adressée depuis le départ à l'utilisation du jugement de Dieu comme outil de procédure temporel était que Dieu dispose seul de sa capacité à accomplir des miracles, et que les êtres humains ne peuvent dès lors lui dicter les conditions dans lesquelles rendre sa justice³⁴. Mais le retour à une conception de la justice divine transcendante, rendant impossible le jugement de Dieu, a dû attendre que la société change : avec la

29. Voir la discussion sur la croyance aux ordalies dans Jacob, *supra* note 11 aux pp 88–94. De plus, l'ordalie évite aux êtres humains de prendre le risque de (mal) juger et d'être damnés en conséquence : James Q Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven, Yale University Press, 2008 aux pp 56–57.

30. Jacob, *supra* note 11 à la p 142.

31. *Ibid* aux pp 110–30.

32. Il s'agit de mettre face à face directement le sujet et son juge : *ibid* à la p 172.

33. *Ibid* aux pp 177–82; Bartlett, *supra* note 16 aux pp 42–53.

34. « Tu ne tenteras point le Seigneur ton Dieu », dit la Bible dans les Évangiles de Matthieu et de Luc : Jacob, *supra* note 11 aux pp 183–86; Bartlett, *supra* note 16 aux pp 70–90. Le dix-huitième canon du quatrième concile de Latran condamnait aussi la « pollution » par le sang du clergé orchestrant les ordalies : Whitman, *supra* note 29 aux pp 53 et 83–90.

centralisation et la judiciarisation de l'Église sous Grégoire VII, la croissance démographique et économique de l'an mil, la naissance des villes, l'organisation des communautés rurales et surtout l'apparition d'officiers de justice rémunérés capables de mettre à exécution les jugements rendus par des juges, la procédure s'est rationalisée et l'intérêt de l'ordalie comme mode de résolution des conflits a décliné³⁵. L'interdiction adressée aux prêtres d'y participer, émise par le quatrième concile de Latran en 1215, a officiellement sonné le glas du jugement de Dieu en Europe, à l'exception d'épreuves comme le duel judiciaire ou le serment décisive qui se passaient de l'intervention d'un membre du clergé³⁶.

Pourtant, en dépit des progrès de la procédure associés aux mutations économiques, sociales et institutionnelles de l'époque, l'indisponibilité des épreuves unilatérales après 1215 pose problème, faute de juges professionnels prêts à juger à leur place. En France et ailleurs en Europe continentale, le lent développement d'une nouvelle conscience judiciaire, appuyée sur une procédure d'enquête empruntée à l'Église, représentera la solution retenue au final : les juges devront s'efforcer de juger comme Dieu le faisait auparavant³⁷. En Angleterre par contre, l'existence préalable du jury de jugement (*petty jury*) dans le contentieux civil de common law présentait une solution toute trouvée, et une ordonnance du conseil du roi préconise son utilisation en matière pénale dès 1219³⁸. À toutes fins utiles, le jury de jugement anglais a donc succédé directement à l'ordalie dans ce domaine : un mode de résolution des litiges en a remplacé un autre, le jury devenant ainsi « une nouvelle sorte d'ordalie » [notre traduction]³⁹. Le remplaçant

35. Jacob, *supra* note 11 aux pp 188–91.

36. *Ibid* à la p 186. Voir aussi Bartlett, *supra* note 16 aux pp 127–35.

37. Voir la démonstration générale dans l'ouvrage de Jacob, *supra* note 11. L'utilisation continentale de la torture représentait le point de départ de cette mutation procédurale : Whitman, *supra* note 29 à la p 54.

38. Les *rolls* de 1219 n'étant pas consultables, seules des sources secondaires permettent d'en connaître le contenu. Mention y serait faite de la nécessité de garder en prison les personnes suspectées d'un crime grave en vue d'un renvoi à l'appréciation des juges dans la mise en œuvre de la directive du conseil (Doris Mary Stenton, *Rolls of the Justices in Eyre Being the Rolls of Pleas and Assizes for Yorkshire in 3 Henry III (1218–1219)*, vol 56, Londres (R-U), Selden Society, 1937 à la p XI). Cette latitude a pu engendrer des pratiques différentes d'une localité à l'autre, mais a assez rapidement débouché sur l'utilisation du jury de jugement : John H Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd, Londres (R-U), Butterworths LexisNexis, 2002 aux pp 507–08.

39. Theodore F T Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5^e éd, Londres (R-U), Butterworths, 1956 à la p 125, cité par Bartlett, *supra* note 16 à la p 139; Stroud F C Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, Londres (R-U), Butterworths, 1969 à la p x.

paraît naturellement plus moderne, rationnel et laïque que son pré-décesseur, à tel point qu'ils semblent n'avoir guère en commun. Mais est-ce vraiment le cas?

B. La mise en scène d'une épreuve publique

En premier lieu en effet, le jugement de Dieu médiéval qui a précédé le jury de jugement en matière pénale ressortissait d'une véritable épreuve plutôt que d'une simple manière de prouver certains faits litigieux (1). Et cette épreuve ne pouvait se concevoir que sous une forme publique : toute la population locale était invitée à y assister, et cette participation était essentielle à la fonction restaurative du lien social dont était investie l'ordalie (2). Est-il possible de penser notre jury moderne en ces termes?

1. Une épreuve plutôt qu'une preuve

En dépit d'une confusion persistante qui consiste à envisager l'ordalie sous un angle purement probatoire⁴⁰, le rôle de l'ordalie médiévale dépasse la simple technique de la preuve juridique : c'est l'individu lui-même qui est tout entier mis à l'épreuve, non sa thèse relative aux faits passés litigieux⁴¹. Épreuve concrète par le feu ou par l'eau, l'ordalie engendre une vérité de la personne plutôt que des faits de la cause, et cette vérité s'exprime d'ailleurs en « termes irréductibles » à une simple vérité factuelle⁴². Bien plus qu'une simple preuve, l'ordalie « ne prépare pas le jugement, elle fait le jugement » et elle a pour principale vertu de « réduire à néant la parole opposée »⁴³.

A priori, le rôle du jury contemporain, qu'il soit anglais ou canadien, se borne à la preuve des faits allégués par l'accusation : les instructions que lui adresse le juge avant qu'il se retire pour délibérer doivent souligner que les jurés sont liés par les affirmations du juge quant au contenu des règles de droit, et qu'il leur appartient seulement de juger de la preuve des faits, ce qu'ils ont par contre toute latitude de faire

40. Voir la discussion chez Jacob, *supra* note 11 aux pp 48–60 et pour un exemple, Baker, *supra* note 13 à la p 72.

41. Jacob, *supra* note 11 à la p 60.

42. *Ibid* à la p 52.

43. *Ibid* aux pp 51 et 55.

librement, mais sans parti pris ou préjugé⁴⁴. Cette répartition apparemment claire des rôles entre juge et jury, au premier le droit, au second le fait, est pourtant relativement récente. Elle est en effet tributaire d'une distinction entre énoncés sur le droit (incluant celui de la preuve) et sur le fait, qui n'émerge graduellement qu'au XVIII^e siècle, grâce à la cristallisation des règles sur l'exclusion de la preuve en matière pénale et la montée en puissance des avocats de la défense dans les procès pour félonie.

En effet, les jurys de jugement anglais des XII^e et XIII^e siècles, composés de membres de la localité connaissant les parties, prenaient une part très active dans la recherche de la vérité : ou bien ils étaient courant de celle-ci, ou bien ils investiguaient eux-mêmes pour la trouver⁴⁵. Avec les mutations sociales des XIV^e et XV^e siècles, ces « voisins informés » se font plus rares, mais le jury demeure maître du jeu dans la mesure où fait et droit sont toujours confondus, ou plus exactement en l'absence de règles de droit définies comme telles et dont le respect pourrait être imposé de l'extérieur aux jurés par le juge⁴⁶. L'institution même du jury a longtemps représenté pour la common law un frein à la définition graduelle de règles et de concepts juridiques⁴⁷, mais dans le contentieux pénal des infractions les plus graves (et donc assorties des peines les plus sévères) des félonies, qui représente le champ de compétence résiduel du jury aujourd'hui, l'absence d'avocats de la défense pendant le procès jusqu'à la fin du XVIII^e siècle n'a évidemment pas contribué à l'élaboration d'un quelconque droit pénal matériel et procédural un tant soit peu systématique⁴⁸. Avant cela, alors

44. Répartition des rôles qui doit en Angleterre figurer dans les instructions sous peine d'appel : John Sprack, *A Practical Approach to Criminal Procedure*, 15^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2015 à la p 296, et le « Crown Court Compendium Part I: Jury and Trial Management and Summing Up » (novembre 2017) à la p 77, en ligne : *Courts and Tribunal Judiciary* <www.judiciary.gov.uk/publications/crown-court-bench-book-directing-the-jury-2/>. Au Canada, la maîtrise du jury sur l'établissement des faits fait partie des éléments à inclure et dont la Cour suprême souligne l'importance dans *R c Daley*, 2007 CSC 53 au para 29, [2007] 3 RCS 523 [Daley].

45. Mike Macnair, « Vicinage and the Antecedents of the Jury » (1999) 17:3 LHR 537; John H Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, Oxford University Press, 2005 à la p 64.

46. Langbein, *ibid* aux pp 216–17.

47. Le constat est identique en droit privé, ce qui explique la concentration des *reports* sur le stade des *pleadings* (échanges informels entre la cour et les avocats pour définir la ou les questions litigieuses à poser au jury), jusqu'au développement des *motions in arrest of judgment* : Baker, *supra* note 13 aux pp 76–85.

48. Paradoxalement, les avocats de la défense étaient admis dans le contentieux des *misdeemeanors* alors même que les peines encourues étaient moindres, sans doute car il s'agissait souvent d'infractions contre les biens soulevant des questions plus complexes de droit privé : Langbein, *supra* note 45 à la p 36. Les avocats de la défense furent d'abord admis pour les crimes

même que la peine de mort sanctionnait en principe les félonies et que la procédure formelle du plaider-coupable telle qu'on la connaît aujourd'hui n'était pas disponible, les procès étaient d'une brièveté déconcertante (de 15 à 20 minutes en moyenne); un même jury de jugement souvent composé d'habitues entendait de 12 à 20 affaires pendant la journée, ne se retirait que rarement pour délibérer et jouissait de relations très informelles avec le juge⁴⁹. La définition graduelle des règles d'exclusion de preuve est l'œuvre des juges anglais du XVIII^e siècle⁵⁰, et elle a contribué à réduire la portion de « faits » susceptibles d'être examinés par le jury en les transformant par paliers en questions de droit⁵¹, d'abord sous la forme de simples conseils de prudence au jury (qui correspondent à l'ancien pouvoir discrétionnaire du juge quant aux faits admissibles en preuve)⁵², puis sous la forme d'instructions formelles (avec la stabilisation des règles d'exclusion, notamment sous l'impulsion des avocats de la défense)⁵³. L'empire du « droit » échappant au jury est conforté lorsque les questions d'admissibilité sont discutées en dehors de sa présence, comme c'est le cas actuellement, mais cette exclusion du jury lui-même montre aussi à quel point les règles d'exclusion de preuve reposent sur la dichotomie entre le juge et le jury : au cours d'un procès sans jury, le juge prend connaissance

de trahison en 1696 (*Treason Trials Act*) à la suite de différents scandales impliquant des juges à la solde du pouvoir Stuart, puis graduellement pour les félonies au cours du XVIII^e siècle, d'abord de façon limitée pour contre-interroger les témoins de l'accusation, puis de façon complète (avec pouvoir de s'adresser à la cour et de commenter les éléments de preuve) en 1836: Langbein, *ibid* aux pp 67–177. Le Canada suivra en 1841 (avec déjà une introduction partielle en 1835): *An Act for improving the Administration of Criminal Justice in this Province*, SC 1841, 4 & 5 Vict, c 24, et Roger E Salhany, *Canadian Criminal Procedure*, 6^e éd, Toronto, Thomson Reuters Canada, 1994 (feuilles mobiles mises à jour en 2019, version 20) ch 6 au para 6.316; André Sinclair, « L'avocat au Québec: 209 ans d'histoire » (1975) 16:3 C de D 689 à la p 691. Ce droit figure à présent dans la *Charte canadienne des droits et libertés* (art 10(b)).

49. Langbein, *supra* note 45 aux pp 16–25; Baker, *supra* note 13 aux pp 509–10. Voir aussi Jacob, *supra* note 11 à la p 255, pour l'incidence précoce de l'aveu sur la procédure.

50. La *character rule* (qui interdit à la poursuite de produire des preuves attestant la mauvaise réputation ou personnalité du défendeur), la *corroboration rule* (qui impose la production de preuves additionnelles au témoignage de celui qui en accuse d'autres pour être pardonné) et la *confession rule* (qui exclut la preuve de l'aveu extrajudiciaire, sauf s'il est fait librement) sont spécifiques au droit pénal, alors que la *hearsay rule* (qui exclut le témoignage destiné à prouver une déclaration faite par un tiers hors cour) s'applique en droit privé également: Langbein, *supra* note 45 aux pp 178–252.

51. *Ibid* à la p 251.

52. Et dans la mesure où le juge commente alors les faits, il ne s'agit pas encore de règles de droit proprement dites: *ibid* aux pp 216–17.

53. Dans le cas de la *corroboration rule*, le mouvement a été inverse: *ibid* aux pp 203–17.

des éléments de preuve litigieux avant de les déclarer irrecevables — il en aura donc forcément eu connaissance⁵⁴.

Nos jurys actuels se voient donc limités par la procédure pénale à la preuve des faits allégués par l'accusation. Mais leur utilité découle aussi de leur aptitude à refléter les valeurs sociales de leur époque dans la mise en œuvre des règles de droit qu'ils sont supposés appliquer⁵⁵. Le phénomène aujourd'hui connu sous le nom de la « nullification » par le jury, entendu comme l'acquiescement prononcé en dépit de la preuve des faits requis par le droit pénal, en témoignait déjà dans le droit anglais antérieur aux progrès du XVIII^e siècle, lorsque la généralisation de la peine de mort pour les félonies entraînait des condamnations disproportionnées par rapport aux infractions ainsi qualifiées⁵⁶. L'opacité de l'intervention du jury, du délibéré au verdict non motivé, ne permet pas aux historiens de démontrer l'existence de ces pieux parjures, mais elle n'est pas mise en doute : dans ce contexte de sévérité excessive, « *too much truth brought too much death* »⁵⁷. La persistance de la possibilité de nullification au Canada atteste de la perméabilité naturelle du jury aux différentes valeurs sociales dont il est imprégné, même si le secret du délibéré continue à en rendre l'étude extrêmement malaisée⁵⁸. Un jury qui « nullifie » ainsi une règle dont il estime l'application injuste *in casu* juge évidemment en droit et sur le droit lui-même, en fonction de valeurs communautaires dont s'écarterait la règle ainsi mise en œuvre, mais ce pouvoir de nullification est un pouvoir qui tire sa force et sa faiblesse de son caractère secret : force, car

54. *Ibid* à la p 250. C'est le cas pour la procédure sommaire devant la juridiction des *Magistrates* anglais, ce qui représente un désavantage tactique que la défense doit considérer : Sprack, *supra* note 44 à la p 122.

55. Voir *R c Sherratt*, [1991] 1 RCS 509 aux pp 523–24, 1991 CanLII 86 : « Sa représentativité en fait la conscience de la collectivité » [*Sherratt*]. Voir également *R c Bain*, [1992] 1 RCS 91, 1992 CanLII 111 et *R v G (RM)*, [1996] 3 RCS 362, 1996 CanLII 176 [*G (RM)*]. Le consensus est partagé aux États-Unis : Hreno, *supra* note 2 aux pp 374–77.

56. Comme le simple vol : Baker, *supra* note 13 à la p 512.

57. La généralisation sans nuance de la peine de mort explique d'ailleurs aussi l'absence d'opposition à la nouvelle procédure de type adversatif (*adversarial*) à la fin du XVIII^e siècle, en dépit des reproches qu'on pouvait légitimement lui faire : Langbein, *supra* note 45 à la p 334. D'autres manières d'échapper à la peine de mort jugée excessive dans les circonstances étaient du reste à la disposition du juge, comme le bénéfice du clergé ou la commutation en travaux forcés dans les colonies : Baker, *supra* note 13 aux pp 512–18.

58. Le fait que la poursuite puisse faire appel d'un verdict d'acquiescement au Canada, au contraire des États-Unis, confère naturellement une visibilité un peu plus grande à ce type de parjure délibéré, même si les possibilités de succès d'un tel appel sont faibles (il ne peut porter que sur une erreur de droit : art 676 (1)(a) du *Code criminel*, LRC 1985, c C-46) : Hreno, *supra* note 2. En Angleterre, la question est beaucoup moins discutée : Jackson, *supra* note 2 aux pp 506–10.

s'il se confond avec le secret du délibéré, il est extrêmement difficile au Canada d'anéantir un tel acquittement en appel, et faiblesse, car il est interdit d'en informer les jurés et tout dans la procédure, de leur serment aux instructions finales du juge, leur intime de dire la vérité et de se cantonner au jugement des faits⁵⁹. Nul doute pourtant qu'en pratique, que cela se traduise ou non par une distorsion probatoire susceptible d'être qualifiée de nullification, le jury exprime les valeurs de la communauté dont il est issu⁶⁰, alors même que sa dimension collective rejoint un idéal de coordination qui imprime à ses décisions un tour consensuel plutôt que hiérarchique⁶¹. Protégé par le secret qui entoure son intervention comme une « boîte noire »⁶² du procès, son caractère démocratique plutôt qu'argumentatif lui permet naturellement d'exprimer la « conscience de la société » et de juger de tout, y compris du droit qu'il est appelé à appliquer s'il saisit cette potentialité⁶³. Dans cette fonction, il rejoint le jugement de Dieu médiéval chargé de reconstituer le tissu social que le litige a fragilisé, en s'attachant à une vérité plus large de la personne accusée plutôt qu'à celle,

59. La réticence des juges canadiens à l'égard de la nullification elle-même est indéniable, alors même qu'ils admettent que l'un des atouts du jury est de tenir compte de valeurs sociales dans sa décision; la combinaison des deux se traduit donc par une attitude empreinte de paradoxe: Hreno, *supra* note 2 et par ex *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30 aux pp 78–79, 1988 CanLII 90 (où le pouvoir « d'annulation » du jury est qualifié de « soupape » dans des cas exceptionnels, ici en matière d'avortement); *R c Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 RCS 3 (où la cour reconnaît que la possibilité d'annulation est indéniable, mais qu'elle ne représente pas un « droit » pour autant) et *R c Krieger*, 2006 CSC 47, [2006] 2 RCS 501.

60. Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 174. Le multiculturalisme canadien n'empêche pas nécessairement les jurys de partager des valeurs communes; tout est fonction du type d'affaire dont ils sont saisis, mais aussi de la traduction concrète de ce multiculturalisme au sein de tel ou tel jury (ce qui renvoie à la vaste question de son mode de composition).

61. Voir l'étude de Jackson, *supra* note 2, qui se fonde sur la distinction opérée par M R Damaska entre deux types structurels caractérisant la common law: le type coordonné, où les décisions sont prises collectivement par des non-juristes et appliquent les valeurs sociales (dont le jury représente un exemple) et le type hiérarchique, où des professionnels interviennent sous le contrôle d'autres échelons supérieurs. À cet égard, voir Mirjan R Damaska, « Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure » (1975) 84 Yale LJ 480, et du même auteur *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven (Conn), Yale University Press, 1986.

62. L'expression est classique relativement au jury de common law: voir par ex Valerie P Hans, « Inside the Black Box: Comment on Diamond and Vidmar » (2001) 87:8 Va L Rev 1917; Boyd McGill, « Pine Tree Justice: Punitive Damage Reform in Canada » (2012) 36:1 Man LJ 287 à la p 318. De façon générale, elle réfère au côté impénétrable de l'esprit d'un décideur ou d'un examinateur: Jason M Chin, Jan Tominska et Chen Li, « Drawing the Line Between Lay and Expert Opinion » (2017) 63:1 RD McGill 89 aux pp 110–11.

63. Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 aux pp 195 et 197.

technique, des faits de la cause⁶⁴, et œuvrant ainsi à faire triompher la force sociale prépondérante à la manière de l'officiant aiguillant à cette fin l'ordalie⁶⁵.

S'il dépasse encore par sa nature la simple preuve des faits, le *trial by jury* a-t-il pour autant le caractère d'une épreuve? Pour Robert Jacob, le jury est une épreuve au même titre que l'ordalie, car leur rôle est identique et parce que le mot *trial* désignait aussi bien l'opération de « triage » effectuée par le jury que celui opéré par les ordalies⁶⁶. D'autres n'hésitent pas à l'admettre en considérant l'ensemble du procès plutôt que l'intervention finale du jury destinée à « trier » la bonne cause de la mauvaise. En termes de coût, d'efforts engagés, de temps consacré, de stress pour ses acteurs, le procès complet devant jury — par opposition à la procédure minimale et accélérée mise en œuvre par le plaidoyer de culpabilité — s'apparente à une épreuve, et non des moindres : à une « dramaturgie mouvementée » qui « met à l'épreuve les personnes et les récits »⁶⁷; un « moment unique et solennel concentrant toutes les énergies et les ressources des acteurs du procès »⁶⁸.

2. Une « justice-spectacle »

La réalisation du jugement de Dieu implique la participation de la population locale non seulement au stade du procès qui précède la réalisation de l'épreuve, mais également et surtout lors de l'exécution de celle-ci. La publicité du *trial* dans son ensemble visait à susciter l'adhésion sociale la plus large possible à la vérité née de la réussite ou de l'échec de l'ordalie : ce dénouement devait être compris par les spectateurs (ce qui permettait d'en assurer l'efficacité concrète par la pression du groupe) même s'il était ensuite mis en forme par le prêtre et le juge⁶⁹. La compréhension immédiate du succès ou non de l'épreuve était naturellement plus évidente dans le cas de l'ordalie par l'eau, qui impliquait un exercice d'apnée, que par le feu (où il s'agissait de vérifier la bonne cicatrisation d'une brûlure au fil des jours).

64. Jacob, *supra* note 11 aux pp 54 et 60.

65. *Ibid* à la p 87 et *infra* à la partie II.

66. *Ibid* aux pp 256–57.

67. Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 102.

68. *Ibid* à la p 89.

69. Jacob, *supra* note 11 aux pp 68 et 75–77.

Le *trial by jury* implique-t-il lui aussi une telle « justice-spectacle » ? La délibération du jury, qui représente la première partie de l'épreuve proprement dite et donc du *trial* au sens étroit, ne l'est certainement pas aujourd'hui : la délibération est secrète tant en Angleterre qu'au Canada⁷⁰. Mais l'aboutissement de l'épreuve, culminant dans la lecture du verdict, est on ne peut plus public : elle représente le point d'orgue de la « dramaturgie mouvementée »⁷¹ qu'a représenté le procès depuis son ouverture. Sauf lorsque la cour décide de faire exception au principe de publicité⁷², les débats entre les parties sont ouverts à ceux qui trouvent place dans la salle d'audience, et à tous les autres par l'intermédiaire des médias qui couvrent journallement les causes les plus susceptibles d'intéresser le grand public. Le caractère « spectaculaire » de la procédure pénale contemporaine de common law impliquant l'intervention d'un jury se traduit également par sa mise en scène répétée dans la littérature, mais aussi et surtout dans les arts visuels comme le cinéma ou les productions télévisuelles, où le côté potentiellement dramatique des rebondissements émaillant le déroulement d'un procès peut être exploité de la façon la plus efficace, tant il est vrai que le spectacle se donne surtout à voir et à entendre plutôt qu'à se lire. À cet égard, le procès par jury représente en quelque sorte la célébration de la grand-messe de la procédure de common law : nous reviendrons un peu plus loin sur le caractère sacré que revêt encore celle-ci aujourd'hui.

C. Une justice entre les mains des parties

Comme la procédure médiévale du jugement de Dieu, le procès par jury est la mise en scène d'un combat opposant deux parties dont la nature n'est pas intrinsèquement différente (1). Ce face-à-face est lui-même régi par des règles réceptives aux intérêts de ces parties et requérant leur adhésion formelle (2). On pourrait voir là une simple évidence, mais il suffit de porter son regard vers une procédure continentale à la française pour découvrir qu'il n'en est rien.

70. *Juries Act 1974* (R-U), *supra* note 5, art 20D, et art 649 C.cr. Rappelons qu'en droit anglais plus ancien et jusqu'au XIX^e siècle, le jury ne se retirait que rarement pour délibérer, et donc que l'ensemble du *trial* était alors public : Langbein, *supra* note 45 aux pp 21–22.

71. Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 102.

72. Sprack, *supra* note 44 aux pp 301–04; Steven Penney, Vincenzo Rondinelli et James Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada*, 2^e éd, Toronto, LexisNexis, 2018 aux para 16.29 et 16.30.

1. Un combat opposant deux parties de même nature

La procédure menant à l'ordalie, au même titre que la procédure par jury, est mise en œuvre par une partie représentant ses propres intérêts contre une autre partie qui va chercher à défendre les siens⁷³. Dans la logique d'une procédure applicable non seulement en Angleterre, mais aussi ailleurs en Europe, et qu'en France on appelait procédure d'accusation, une partie et ses partisans s'opposaient à une autre partie, elle aussi appuyée par son propre groupe de cojureurs/supporteurs⁷⁴ : c'est ce qu'en matière civile la common law médiévale qualifiait de « *suit* »⁷⁵. Pratiquée notamment devant les cours féodales, cette procédure « accusatoire » implique un « débat entre deux parties » par l'entremise d'une « lutte égale et publique »⁷⁶ : on peut y voir l'origine du principe de l'égalité entre les parties, qui demeure au cœur de la procédure pénale anglaise contemporaine. Lorsque le *grand jury* anglais jouait encore pleinement son rôle d'accusateur-enquêteur en coexistence avec l'ordalie⁷⁷, il combinait de façon plus aiguë à cet égard le caractère collectif de la poursuite avec sa nature essentiellement privée, puisqu'il était composé de 12 notables de la localité. Ce côté « privé » marqué de la poursuite ne se modifie en rien lorsque le jury de jugement remplace l'ordalie en Angleterre en 1219, et on peut soutenir qu'il persiste à ce jour tant en Angleterre qu'au Canada, en dépit de l'intervention de services publics dans la mise en œuvre de l'action pénale. En effet, la procédure médiévale par accusation est un débat entre deux parties, et le litige pénal contemporain en conserve la trace dans la dénomination même qui le rapporte de façon officielle : *La Reine c D*, plutôt que, par exemple, Cass. crim., 7 mai 1998, comme on le citerait en France. C'est que la procédure pénale par accusation, en France comme ailleurs

73. Mais rappelons que l'ordalie christianisée (l'épreuve proprement dite plutôt que la procédure qui y conduit) est surtout unilatérale : Jacob, *supra* note 11 à la p 172.

74. Pour la procédure conduisant à l'ordalie de manière générale, voir Jacob, *ibid* aux pp 68–71 (et quant à l'organisation de l'épreuve elle-même, *ibid* aux pp 168–72). En Angleterre, la procédure pénale initiée par une personne privée (la victime ou un membre de sa famille) était connue sous le nom d'*appeal* : Baker, *supra* note 13 aux pp 503–05.

75. Baker, *ibid* aux pp 4–5 et 322–23. Dans un litige contractuel en *debt*, par exemple, la *suit* du demandeur fonctionnait comme un groupe de cojureurs attestant de l'existence de la créance, et la *suit* du défendeur pouvait prêter avec lui un serment décisoire attestant qu'il ne devait rien. Voir aussi Jacob, *supra* note 11 à la p 87.

76. Adhémar Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1852, reprod. Francfort/Main, 1969 aux pp 43–49.

77. Langbein, *supra* note 45 aux pp 45 et 64 : à partir du XVI^e siècle, il n'est plus qu'un filtre destiné à éliminer, souvent à la veille du procès, les accusations portées sans fondement par une partie agissant à titre individuel.

en Europe à partir du XVI^e siècle, a cédé la place à un autre type de procédure dite d'inquisition, qui repose sur le rôle prépondérant d'un juge servant le roi et, à travers lui, un « État-Église »⁷⁸ dont la force symbolique continue de peser sur le droit pénal français actuel. Si la procédure pénale des différents pays européens a évidemment connu des évolutions diverses depuis ce « virage inquisitoire », il n'en reste pas moins que le droit pénal demeure, en France en particulier, la prérogative de l'État, dont les institutions sont naturellement perçues comme l'emportant en autorité et en importance sur les individus, qui doivent leur obéir⁷⁹, et où la poursuite pénale est par principe une prérogative publique⁸⁰.

L'Angleterre est restée attachée à une culture de la poursuite privée pendant longtemps, essentiellement par défaut (de réfléchir à un autre système et surtout d'y consacrer les moyens nécessaires)⁸¹; une inertie du même type explique le caractère tardif de la création d'une police professionnelle susceptible d'enquêter et de poursuivre, qui ne date que du XIX^e siècle⁸². Il est aisé d'affirmer qu'aujourd'hui, lorsque c'est la police qui poursuit (ce qui correspond en pratique à la majorité des cas), cette poursuite revêt un caractère public plutôt que privé, puisque la police représente l'État⁸³. Mais le constat est plus formel que fonctionnel. En effet, depuis sa création, le membre de la police qui poursuit est considéré comme « un citoyen comme un autre », et cette vision de l'action pénale initiée par la police perdure⁸⁴. La même perception des choses s'applique au souverain anglais lorsqu'il intente une action

78. Jacob, *supra* note 11 aux pp 492 et 501.

79. Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 65.

80. Une personne privée peut lancer l'action pénale à certaines conditions (dépôt d'une plainte; inertie induite du ministère public pendant trois mois, dépôt d'une consignation pécuniaire), mais elle peut être condamnée à une amende en cas d'abus: arts 85 et 88 *Code de procédure pénale*, RLRQ c C-25.1, et en général Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 3^e éd, Paris, Economica, 2013 aux n^{os} 1316 et 1430-64, qui constatent que la tendance est à la dissuasion. Par contre, les actions pénales menées par des associations citoyennes auxquelles est reconnu ce droit sont un phénomène controversé en constante progression; voir *ibid* aux n^{os} 1399-1411.

81. Langbein, *supra* note 45 à la p 12. Même lorsqu'un *justice of the peace*, bienveillant et non-juriste, aidait à la préparation de l'action, la responsabilité de celle-ci incombait toujours à la personne ou l'association qui poursuivait: *ibid* à la p 43.

82. Créée en 1829 de façon limitée, puis prenant de l'expansion à partir de 1842: Mickaël Bénillouche, *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004 au n^o 240.

83. Voir par ex en ce sens J R Spencer, « Introduction » dans Mireille Delmas-Marty et J R Spencer, *European Criminal Procedures*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 1 aux pp 20-21.

84. Bénillouche, *supra* note 82 aux n^{os} 241-244.

criminelle : depuis les rois Stuarts, le déclin du prestige politique de la monarchie s'est traduit par l'idée selon laquelle le roi ou la reine est un plaideur comme un autre, y compris en matière pénale. En tant qu'accusateur, il n'est pas plus supérieur à la défense qu'un individu quelconque, et le principe de l'égalité procédurale s'appliquera à lui également⁸⁵.

En réalité, la procédure pénale de common law a préservé le caractère accusatoire de ses débuts (c'est-à-dire non seulement le fait que la poursuite est initiée par une personne privée, mais qu'elle l'est contre une autre personne privée au moyen d'un débat reposant sur une égalité fondamentale entre les parties en litige)⁸⁶. En effet, des modifications importantes ont été apportées afin de réduire et de compenser le surplus de moyens dont disposaient en pratique des parties poursuivantes liées au pouvoir institutionnel (comme la Couronne ou plus tard, la police). Dans le cas de la Couronne, cette « privatisation procédurale » s'est accomplie en premier lieu en permettant à la défense de jouir également du bénéfice d'un avocat dans les procès pour trahison⁸⁷. Parallèlement, l'augmentation des poursuites menées par des agents institutionnels dotés de moyens supérieurs d'investigation et de préparation du procès (comme les *solicitors* de la Banque d'Angleterre ou de la poste, donnant des instructions aux *barristers* pour la plaidoirie), ainsi que des pratiques (comme les promesses de récompense en cas de condamnation⁸⁸ et le pardon de complices contre témoignage désignant le(s) « vrai(s) coupable(s) », qui favorisaient le parjure, les procédures abusives et l'extorsion⁸⁹) ont poussé les juges de common law à étendre la permission d'être représenté par un avocat en défense dans les procès pour félonie⁹⁰ et à donner un tour définitif aux règles d'exclusion de preuve dont l'effet pratique est

85. Le préambule du *Treason Trial Act 1696* consacre le principe de l'égalité procédurale entre la défense et l'accusation, sans exception pour la Couronne; voir en général Langbein, *supra* note 45 aux pp 88–90.

86. Ce que J Langbein appelle le modèle de « l'altercation » : un « *lawyer-free contest of amateurs* » (*ibid* à la p 11).

87. Où la partisanerie de l'accusation et même des juges du procès s'était illustrée de manière retentissante dans le dernier tiers du XVII^e siècle : *supra* note 48.

88. Généralisées au lendemain de la « glorieuse révolution » de 1688–1689, de telles promesses de récompense visaient à pallier les carences du principe de la poursuite privée à l'égard de certains crimes contre les biens et à restaurer une apparence d'ordre : Langbein, *supra* note 45 aux pp 148–58.

89. C'est le principe dit du « *Crown witness prosecution* », qui incitait évidemment l'accusé à s'exonérer en accusant n'importe qui d'autre à la place : *ibid* aux pp 158–65.

90. Langbein, *supra* note 45 aux pp 111–70.

de rendre la tâche de l'accusation plus difficile⁹¹. Grâce à ces mutations procédurales, le caractère privé de l'accusation est en quelque sorte imposé artificiellement à une partie poursuivante de plus en plus « publique », donc dotée de moyens d'action dont serait dépourvue la défense, pour tenter de continuer à assurer la dimension accusatoire initiale du *trial*: le loup institutionnel caché sous la peau de mouton de la poursuite privée doit porter muselière et accepter de se faire limer les griffes, dans le respect des règles d'un jeu⁹² entendu depuis l'ordalie comme opposant des parties supposément égales, ou à tout le moins de même nature.

Ce jeu est-il nécessairement un combat? Il l'est d'emblée de par sa fonction, à tout le moins de façon symbolique: un récit (celui de l'accusation) s'oppose à un autre (celui de la défense), et il appartient au jury comme à l'ordalie de « trier » le bon récit du mauvais en expulsant la thèse contradictoire⁹³. Lorsque l'ordalie prend la forme d'un combat judiciaire⁹⁴, il s'agit à proprement parler d'un combat au sens littéral, mis en scène dans les termes du judiciaire par l'entremise du jugement de Dieu⁹⁵. Mais le duel judiciaire excepté, il n'est pas encore question d'anéantir l'adversaire, ou à tout le moins de le laisser sans conscience sur le ring comme à la fin d'un combat de boxe⁹⁶. La transformation

91. Voir de manière générale *ibid* aux pp 178–252. Les avocats de la défense ont ensuite contribué à l'extension et à la consolidation de ces règles au détriment du pouvoir du juge et du jury (*ibid* à la p 243).

92. Les analogies entre les règles du *trial* et celles d'un sport sont fréquentes: Jacob, *supra* note 11 à la p 460; Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 aux pp 57 et 95.

93. Garapon et Papadopoulos, *ibid* à la p 129, pour le jury, et Jacob, *supra* note 11 aux pp 54–55, pour l'ordalie. Mais en raison de l'utilisation du doute raisonnable comme standard de preuve pour départager ces deux récits, le juge ne peut instruire le jury que celui-ci peut simplement choisir la thèse de l'accusation ou celle de la défense: le doute profitant à l'accusé, une « zone grise » étend l'empire du récit de la défense par rapport à celle de la poursuite (*R v Nadeau*, [1984] 2 RCS 570, 1984 CanLII 28 (CSC) [*Nadeau*]; *R c Thatcher*, [1987] 1 RCS 652, 1987 CanLII 53 [*Thatcher*]; *R v Guan*, 2002 BCCA 542 au para 24, 174 BCAC 216 [*Guan*] (pour le principe, car il s'agissait d'un procès par juge seul sans jury); *R v J W*, 2014 ONCA 322 au para 27 [*J W*]).

94. Utilisé dans les litiges fonciers initiés par de *writs* anciens comme le *writ of right* en Angleterre, mais aussi en matière pénale lorsque c'était possible (il ne fallait pas que l'accusation ait été portée par une femme ou par un *grand jury*, par exemple): Baker, *supra* note 13 aux pp 58 et 507.

95. On en trouve encore trace dans l'idée selon laquelle le *trial by jury* aiderait aujourd'hui à « purger la violence » née du litige: Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 116.

96. L'analogie entre le procès par jury de common law et le combat de boxe est courante: ainsi, une publicité pour une firme d'avocats d'Ottawa, placée sur un bus, clamait à l'automne 2017: « Crime Defense: We Knock Out Charges » au-dessus d'une image de gants de boxe. Voir aussi Nicola Padfield et Jonathan Bild, *Text and Materials on the Criminal Justice Process*, 5^e éd, Londres (R-U), Routledge, 2016 à la p 339.

du procès par *jury* en un combat agressif et sans merci entre adversaires (*adversarial*) est l'œuvre des avocats de la défense à partir de la fin du XVIII^e siècle en Angleterre, particulièrement à travers leurs tactiques de contre-interrogatoire⁹⁷. Si la procédure d'accusation initiale était déjà par essence partisane, en ce que chacune des parties agissait pour son compte privé et cherchait à faire triompher sa cause, l'aspect combatif associé aux contre-interrogatoires impitoyables conduits par les avocats de la défense⁹⁸ a doté le *trial* par jury d'une dimension conflictuelle qui imprègne la plupart des audiences, au contraire de l'ambiance davantage consensuelle qui prévaut dans la plupart des procès par jury en France⁹⁹. Le « *combat effect* », comme le surnomme John Langbein, renforce la logique partisane de l'ancienne procédure et donc le caractère particulier du type de vérité produite par le verdict, qui sera analysée dans la seconde partie. Par contre, ce combat est mené par l'avocat de la défense plutôt que par l'accusé lui-même, dont le rôle dans cette procédure à coloration « adversariale » s'est réduit jusqu'à lui permettre de demeurer muet s'il le souhaite (c'est le privilège contre l'auto-incrimination des XIX^e et XX^e siècles¹⁰⁰, qui s'éloigne résolument du modèle antérieur où l'on attendait de l'accusé qu'il s'explique lui-même pour édifier le jury)¹⁰¹ : sa participation à l'épreuve est devenue purement passive¹⁰², son « champion » de la défense livrant bataille à sa place. Et lorsque celui-ci s'adresse au jury, son intervention est un « combat, pas un thé de fin d'après-midi » [notre traduction]¹⁰³.

97. Langbein, *supra* note 45 aux pp 291–310.

98. Les moyens financiers dont dispose l'accusé influent évidemment considérablement sur la qualité de sa défense à cet égard, ne fût-ce que par la disponibilité qu'elle confèrera à ses avocats dans la préparation du procès; c'est ce que J Langbein dénomme le « *wealth effect* » (*ibid* aux pp 102–03). Voir aussi Garapon et Papadopoulos, qui soulignent que cette justice à deux vitesses caractérise les États-Unis en particulier: *supra* note 3 aux pp 71 et 121.

99. Voir Garapon et Papadopoulos, *ibid* à la p 116 et aussi, par exemple, les observations de Christiane Besnier, *La vérité côté Cour: une ethnologue aux assises*, Paris, La Découverte, 2017, qui constate que l'intervention des avocats se traduit davantage comme un « service collectif de restauration », un « moment de réconciliation » et un dépassement des « camps », plutôt qu'un affrontement : aux pp 181–82.

100. Langbein, *supra* note 45 aux pp 277–84.

101. Faute d'avocat: *ibid* aux pp 10–65.

102. « *His hat stuck on a pole might without inconvenience be his substitute at the trial* », comme le remarquait Charles Cottu, un observateur français en 1820 (*On the Administration of Criminal Justice in England*, Londres (R-U), 1822 à la p 105, cité par Langbein, *supra* note 45 à la p 6).

103. *Dale v Toronto Railway Co*, (1915) 34 OLR 104 à la p 107 (Ont, CA), 1915 ONCA 535.

2. Des règles négociables au gré des intérêts individuels

La procédure médiévale conduisant au jugement de Dieu était marquée par un dialogue constant entre les organisateurs de l'épreuve et les participants, et par des microdécisions sur les différentes étapes de celle-ci, auxquelles les parties devaient consentir¹⁰⁴. Cette préférence pour l'arrangement (la conciliation, l'abandon de la poursuite ou l'admission par l'accusé de sa culpabilité étaient encouragés à chaque stade), alliée aux choix stratégiques qu'opéraient les parties au fur et à mesure des options qui s'offraient à elles, rappelle la pratique contemporaine de la procédure pénale en common law et montre que le fait que la justice soit administrée par un juge est loin d'être antinomique par rapport à la technique du compromis¹⁰⁵. La transaction y est également encouragée¹⁰⁶, et le droit pénal y est parfois présenté, dans une perspective de libéralisme, comme un instrument offert aux acteurs (individus) autonomes, dont les juristes se servent pour faciliter les initiatives individuelles, plutôt que comme un instrument au service de l'État pour empêcher ses citoyens de faire ce qu'ils souhaitent (comme en France)¹⁰⁷. Le procès par jury lui-même doit être choisi : c'est l'objet du *plea* initial par l'accusé. S'il plaide coupable, l'étape du procès disparaît (l'accusé y ayant renoncé, comme on renoncerait à un droit individuel) et on peut passer directement à une négociation sur la peine¹⁰⁸. Au Canada, l'imposition de peines minimales obligatoires encourage fortement le recours à de telles négociations préalables, qui prennent la forme, dans le cas d'infractions graves comme celles justifiant la compétence d'un jury, de conférences préparatoires en présence du juge¹⁰⁹. Les plaidoyers de culpabilité concernent aujourd'hui environ 90 % des affaires pénales et confèrent un pouvoir

104. Jacob, *supra* note 11 aux pp 68–69.

105. *Ibid* à la p 69 et n 1.

106. Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 120.

107. *Ibid* à la p 65.

108. On peut évidemment critiquer cette vision contractualiste fondée sur la « libre négociation », notamment sous l'angle du « *wealth effect* », mais aussi en ce que la peur du risque pousse des innocents à se déclarer coupables par crainte d'une condamnation au terme d'un procès : André Jodouin et Marie-Ève Sylvestre, « Changer les lois, les idées, les pratiques : réflexions sur l'échec de la réforme de la peine » (2009) 50:3-4 C de D 519 aux pp 576–78; Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 aux pp 74–75 et 78–87.

109. Voir art 625.1 C.cr. et Marc-Étienne O'Brien, *L'adéquation des discours relatifs à la négociation des plaidoyers avec leur mise en œuvre. Une analyse comparée, historique et sociologique*, mémoire de maîtrise en droit, Université Laval et Université de Toulouse/Capitole, 2017 aux pp 114–15, en ligne (pdf) : <corpus.ulaval.ca/jspui/bitstream/20.500.11794/28339/1/33833.pdf>. Pour les

considérable aux procureurs de la Couronne dans la mesure où les ententes valables doivent ensuite être entérinées par le juge à moins d'être contraires à l'intérêt public, un désaveu perçu comme exceptionnel faute d'enrayer l'efficacité du système¹¹⁰. En Angleterre par contre, la pratique est moins enracinée (elle porte en général sur une qualification d'infraction moindre plutôt que sur une peine réduite, sauf dans les affaires complexes de fraude grave) et les juges conservent un pouvoir considérable à l'égard de l'entente qu'on leur propose, qui ne les lie pas à moins qu'ils n'aient eux-mêmes indiqué à la défense la possibilité d'une peine moindre¹¹¹.

Quoi qu'il en soit de la marge effective de négociation de l'accusé, il peut toujours échapper à l'épreuve du jury s'il le souhaite en avouant (en plaçant coupable), rejoignant l'encouragement à la transaction précédant le jugement de Dieu. L'originalité du choix offert à l'accusé anglais ou canadien face au procès par jury ressort mieux en le comparant avec la procédure criminelle belge ou française, où l'aveu n'enraie pas l'action pénale et ne dispense pas du procès¹¹². Toutefois, si l'assentiment de l'accusé au principe de l'intervention du jury de jugement existe depuis que celui-ci s'est substitué à l'ordalie¹¹³, le reste de

infractions moins graves, la pratique est extrêmement informelle, sous forme de discussions entre les procureurs de la Couronne et les avocats de la défense, auxquelles les accusés et les victimes ne sont en général pas associés.

110. *R c Anthony-Cook*, 2016 CSC 43, [2016] 2 RCS 204, et Jodouin et Sylvestre, *supra* note 108 à la p 574 pour la fréquence en pratique. L'art 606(1.1) C.cr. impose simplement au juge de vérifier que l'accusé est d'accord avec l'entente, ce qui relève souvent de la pure forme lorsqu'il est représenté par un avocat : O'Brien, *supra* note 109 aux pp 118–19, et aussi Martin Vauclair et Tristan Desjardins, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 25^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2018 aux n^{os} 2351–2395.

111. Et à la seule demande de celle-ci : *R v Karl Goodyear*, [2005] EWCA Crim 888. Voir à ce sujet Carol A Brook et al, « A Comparative Look at Plea Bargaining in Australia, Canada, England, New Zealand and the United States » (2016) 57:4 Wm & Mary L Re 1147 aux pp 1159–61; Sprack, *supra* note 44 aux pp 237–39. Mais la tendance « managériale » grandissante fait craindre l'expansion graduelle du système de négociation : Jenny McEwan, « From Adversarialism to Managerialism » (2011) 31:4 LS 519.

112. En France, ceci vaut principalement pour les crimes (infractions du ressort du jury), dans la mesure où pour certains délits et contraventions, la composition pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité permettent, en cas d'aveu et d'acceptation de cette alternative procédurale, d'éviter le procès par abandon des poursuites et de transiger avec le ministère public sur la peine ou mesure alternative : Desportes et Lazerges-Cousquer, *supra* note 80 aux n^{os} 1176–1196 et 1236–1259.

113. Par application de la directive du conseil du roi de 1219 (*supra* note 38), la personne accusée d'une félonie devait demeurer en prison faute d'accepter le jury de jugement; une loi de 1275 précisa que cette prison devait alors être « forte et dure ». Mais cette injonction fut interprétée en pratique comme « peine forte et dure » : l'accusé périssait alors écrasé sous des poids (avec l'avantage de mourir sans avoir été formellement condamné pour félonie, protégeant

la procédure anglaise médiévale était plutôt caractérisé par la célérité et l'autoritarisme : sans avocat, l'accusé la subissait dès sa détention préventive et devait ensuite répondre aux questions comme il le pouvait pendant l'audience¹¹⁴. Le plaidoyer de culpabilité n'existait pas encore et les juges déconseillaient généralement aux accusés d'avouer de façon à pouvoir les entendre au sujet des circonstances entourant la félonie, et ainsi en tenir compte le cas échéant dans l'application de mesures destinées à éviter la peine de mort, comme l'octroi de la grâce royale ou les travaux forcés dans les colonies¹¹⁵.

D. Une procédure faisant office de « religion à côté des religions »

Lorsque l'ordalie devient jugement de Dieu comme outil processuel de résolution des conflits, son association avec la religion chrétienne éclate au grand jour. Le prêtre est son officiant naturel, sa préparation et son exécution s'appuient sur la liturgie des sacrements catholiques¹¹⁶ et l'idée fondamentale que Dieu y est fait juge d'un cas particulier est précisément ce qui lui attirera les critiques qui finiront par entraîner sa condamnation indirecte lors du quatrième concile de Latran en 1215¹¹⁷. L'ordalie de la croix réservée aux élites, qui imposait aux deux parties au litige de se tenir face à face, les bras en croix, jusqu'à ce que le perdant baisse les bras, avait elle-même été désavouée plus tôt, car certains y voyaient une mise en scène blasphématoire du sacrifice du Christ crucifié¹¹⁸. Bref, l'ordalie médiévale devenue jugement de Dieu ne peut être pensée que dans un cadre religieux et chrétien. Qu'en est-il à présent du *trial by jury* qui l'a remplacée en matière pénale?

ainsi sa famille de la confiscation de leurs biens réels). En 1772, le Parlement anglais a remplacé la « peine forte et dure » par la condamnation automatique en cas de refus du jury : Baker, *supra* note 13 aux pp 508–09, et Bartlett, *supra* note 16 à la p 143.

114. Voir *supra* note 41, la description de la procédure criminelle précédant les mutations du XVIII^e siècle.

115. Langbein, *supra* note 45 aux pp 58–59.

116. Notamment la confession et la messe solennelle, qui précèdent l'épreuve, et l'ordalie par l'eau elle-même, dérivée du sacrement du baptême : Jacob, *supra* note 11 aux pp 438–39.

117. *Supra* à la partie I.C.1.

118. Pourtant, paradoxalement, ses origines seraient païennes et irlandaises, saint Patrick s'opposant ainsi aux druides celtes qui invoquaient les puissances divines les bras levés : Jacob, *supra* note 11 aux pp 424–29.

Le serment promissoire des jurés, naturellement lié à celui des juges (qu'il préfigure historiquement) plutôt qu'à celui d'un simple témoin¹¹⁹, peut encore de nos jours faire référence, selon les préférences individuelles, à une divinité ou à un système de croyances¹²⁰. Mais à l'inverse d'un juge français qui, à la suite de la disparition du jugement de Dieu, aurait absorbé le sacré et l'inspiration divine du jugement dans sa conscience et s'en servirait pour juger dans une perspective en quelque sorte verticale, du ciel vers la terre¹²¹, la common law anglaise dominée par la nouvelle dichotomie juge/jury aurait ramené le foyer du sacré du ciel sur la terre, à côté du juge et non plus au-dessus de lui¹²². Il n'est donc plus question pour l'avocat de la poursuite d'affirmer que Dieu est de son côté¹²³. En lieu et place, c'est le procès par jury tout entier qui aurait, en common law, acquis la force d'une « religion civique »¹²⁴, une religion « non définie par ses dogmes, mais qui tirerait de la liturgie de ses sacrements et la certitude d'elle-même, et sa capacité de produire les vérités constitutives du lien social »¹²⁵. Nous examinerons, dans la seconde partie, la nature sacramentelle de cette procédure et le type de vérité qui en découle. Mais précisons d'abord ici en quoi la procédure par jury conserve aujourd'hui par certains côtés le statut d'une « religion à côté des religions »¹²⁶, en premier lieu au regard du prosélytisme de ses fidèles (1), en second lieu quant à son expansion dans des sphères externes au droit (2).

119. Sur les débuts du serment promissoire des jurés, évoluant vers celui des juges et fondant une nouvelle conscience judiciaire, voir Jacob, *ibid* aux pp 262–72. Et pour la nature du rôle des jurés, qui s'apparente à celui du juge et non des témoins, voir en particulier *R v Hanna*, (1993) 80 CCC (3d) 289 à la p 312, 1993 CanLII 1425 (BC CA).

120. En Angleterre, il est possible pour chaque juré de choisir de jurer sur la Bible, le Coran ou tout autre texte sacré ayant sa préférence, ou depuis plus récemment, de se contenter d'une déclaration solennelle (*affirmation*) au même effet que le serment fondé sur une religion : voir les textes et explications destinés aux jurés, que l'on trouve sur le site du ministère de la Justice anglais (en ligne : <formfinder.hmctsformfinder.justice.gov.uk/5222-eng.pdf>) à la p 3. L'alternative existe également au Canada, mais dépend des lois provinciales sur les jurys.

121. Ce qui contribue à expliquer le crucifix placé *au-dessus du juge* dans les salles d'audience en Europe continentale, même si la pratique est aujourd'hui battue en brèche au nom de la liberté de religion : Jacob, *supra* note 11 à la p 486, et par ex *Lautsi et autres c/Italie* [GC], n° 30814/06, [2011] III CDH 1.

122. Jacob, *supra* note 11 aux pp 486–87, le sacré se concentrant encore dans l'institution même du jury (Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 174).

123. Ce qui serait « *improper and unprofessional* » à l'heure actuelle : *R v Bradbury*, 2004 NLCA 82 au para 25, (2004) 192 CCC (3d) 199.

124. Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 176 au sujet du jury américain.

125. Jacob, *supra* note 11 à la p 464.

126. *Ibid* à la p 466.

1. *Le prosélytisme de la culture « adversariale »*

Nous avons rappelé comment l'entrée des avocats de la défense dans le procès anglo-canadien par jury a conduit à la transformation d'une culture procédurale simplement accusatoire à une culture proprement « adversariale », c'est-à-dire animée par une logique de combat s'exprimant particulièrement au moyen de la technique du contre-interrogatoire¹²⁷. Pour John Langbein, le contre-interrogatoire est plus qu'une technique procédurale nouvelle, c'est une « religion » au développement rapide, qui prend le pas sur le serment comme mode de production de la vérité judiciaire¹²⁸. Et l'on observe effectivement une réelle « profession de foi »¹²⁹ de la part des fidèles convaincus de cette procédure pourtant loin d'être sans défauts, notamment en termes de justice sociale comme d'établissement de la vérité¹³⁰, qu'il serait « naïf et futile » de rechercher de toute façon¹³¹. Cette procédure serait tout simplement la meilleure des procédures qui existent, raison pour laquelle ses adeptes en favorisent la propagation de façon théorique (par l'entremise d'écrits doctrinaux), mais aussi pratique (elle domine le modèle mixte des tribunaux pénaux internationaux)¹³².

À l'extérieur des pays de common law du reste, la procédure « adversariale » et sa clé de voûte, le contre-interrogatoire, trouvent aussi de nouveaux convertis prêts à en prêcher les mérites avec un enthousiasme qui confine parfois à la mauvaise foi¹³³. Ce démarchage actif au

127. *Supra* à la partie I.C.1.

128. Langbein, *supra* note 45 à la p 246.

129. L'expression est de Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 108.

130. L'effet « fortune » (la procédure ne sert que les accusés capables de retenir les services d'avocats réputés les plus efficaces sur le marché, et généreusement payés pour se dévouer exclusivement à leur cause) et l'effet « combat » (chacune des parties cherche seulement à faire triompher son point de vue, au détriment de la vérité, si nécessaire) ont déjà été évoqués. On peut aussi mentionner le fait que la technique du contre-interrogatoire peut potentiellement transformer les victimes en coupables, tout en les soumettant à une nouvelle indignité : Langbein, *supra* note 45 aux pp 198–99.

131. Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 107, citant Stephan Landsman, *The Adversary System: A Description and Defense*, Washington (DC), AEI Press, 1984.

132. La mixité semblant ne retenir du reste que le pire des deux modèles : Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 297.

133. Voir par ex Christophe Ayera, Jacques Mestre et Valéri Peronnet, *Vérités croisées : cross examination, une petite révolution procédurale*, Paris, LexisNexis, 2005. Les auteurs chantent les louanges de la technique du contre-interrogatoire, qu'ils estiment être un « art martial [...] pour une cause juste et noble : la vérité » (*ibid* à la p 7), sans faire mention des travers bien connus du système, et caricaturent le système pénal français pour le déconsidérer, le qualifiant d'« archaïque »,

bénéfice de la procédure pénale de common law apparaît plus remarquable encore quand on le compare à l'absence de telles tentatives d'exportation d'autres modèles procéduraux dérivés de la procédure d'enquête médiévale, comme le modèle franco-belge reposant sur l'institution du juge d'instruction et sur le pouvoir du juge comme directeur des débats. En fait, on entend surtout parler de ces modèles alternatifs lorsqu'ils doivent se défendre, avec plus ou moins de succès, contre les percées récurrentes du modèle « adversarial »¹³⁴.

2. Une expansion au-delà du droit

Si le *trial by jury* et ses caractéristiques procédurales, du contre-interrogatoire au principe de l'égalité des armes issu de sa nature « accusatoire » primitive, ont aujourd'hui la force d'une religion, c'est une religion qui peut aller jusqu'à mettre au banc des accusés son propre créateur : ainsi, le procès fait à Dieu par le sénateur Chambers, au motif des diverses calamités affligeant le monde, a appelé de la part de la défense un argument de non-contradiction procédurale (un *estoppel*)¹³⁵ au nom du respect des « règles du jeu » de common law, avant que la Cour d'appel du Nebraska rejette l'action au motif que les cours ne peuvent connaître que de causes réelles et non fictives¹³⁶.

Mais c'est aussi une « religion du procès » qui se déverse dans d'autres domaines que le droit, pour atteindre la culture des entreprises commerciales, des hôpitaux, des universités et autres organisations. Les églises elles-mêmes, au Canada, s'étaient à l'occasion vu imposer par les cours de common law d'observer des « règles du jeu »

« imprécis » et favorisant « toutes les dérives judiciaires » (*ibid* à la p 9) et ayant « peur de la vérité » (*ibid* à la p 7). Voir également l'apologie de John Henry Merryman en faveur des facultés de droit américaines par rapport à leurs consœurs françaises, qui s'appuie également sur une vision tronquée et déformée des deux éléments comparés : « Legal Education Here and There: A Comparison » (1974–1975) 27:3 *Stan L Rev* 859; voir l'analyse qui en est faite dans Anne-Françoise Debruche, « La tradition romaniste, une espèce menacée? Libre propos sur le mythe du droit civil inutile et abstrait » (2015) 56:1 *C de D* 3.

134. Influence qui peut être exercée de l'extérieur, notamment au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme (voir par ex l'intervention de la France dans l'affaire *Taxquet*, en relation avec le principe de l'intime conviction : *Taxquet*, *supra* note 4 aux para 80–82), ou de l'intérieur (par ex, en France ou en Belgique, quand on veut supprimer les juges d'instruction et introduire le contre-interrogatoire en portant atteinte au pouvoir du juge sur la conduite des débats).

135. L'accusateur ne pouvait assigner Dieu en justice puisqu'il avait nié son existence par le passé.

136. Jacob, *supra* note 11 aux pp 466–67.

procédurales minimales lorsqu'elles décidaient d'exclure un de leurs membres, jusqu'à ce que la Cour suprême fasse marche arrière en limitant le contrôle judiciaire de telles décisions en termes d'équité procédurale aux seuls cas où un droit réel ou contractuel est en jeu¹³⁷. Mais même lorsque de telles règles de *fair-play* ne sont pas imposées directement par les juges à ces univers *a priori* étrangers à la salle d'audience abritant le jury, la culture procédurale associée à celui-ci gagne le mode de fonctionnement de ces institutions non juridiques, comme par mimétisme. Les modes de résolution des conflits internes s'y colorent spontanément des mêmes traits de procédure que ceux qui caractérisent la procédure pénale de common law : égalité des armes, contre-interrogatoires, dévoilement de la preuve, principe de non-contradiction et de non-incrimination¹³⁸. De la rectification des procédures administratives par l'entremise de la *judicial review* et la lentille du procès équitable¹³⁹, à la forme des échanges suivant une accusation de plagiat dans le chef d'étudiants à l'université¹⁴⁰, toute procédure extrajudiciaire ayant vocation à affecter les personnes dans leurs droits est naturellement modelée par référence à l'idéalité de la common law pénale.

Ainsi, l'imaginaire du *trial by jury*, et avec lui la diffusion des formes processuelles de la common law en dehors des salles d'audience,

137. *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 RCS 750, interprétant de façon restrictive *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c Hofer*, [1992] 3 RCS 165, 1992 CanLII 37, et renversant la décision de la Cour d'appel de l'Alberta qui avait estimé que les associations privées étaient liées par un droit autonome à l'équité procédurale, modelé sur la notion mise en œuvre par le contrôle judiciaire des décisions administratives des entités publiques ou associées à l'État. Cette limite à l'intervention judiciaire serait la même en Angleterre : *Shergill v Khaira*, [2014] UKSC 33, et *Lee v Showmen's Guild of Great Britain*, [1952] 1 All ER 1175 (CA).

138. Jacob, *supra* note 11 aux pp 465–66, citant Philippe D'Iribarne, *La logique de l'honneur : gestion des entreprises et traditions nationales*, Paris, Le Seuil, 1989.

139. Voir notamment Lord Denning, *The Discipline of Law*, Londres (R-U), Butterworths, 1979.

140. À la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa, par exemple, le processus applicable en cas de fraude scolaire à l'université fait la part belle aux impératifs du procès équitable dans sa version « accusatoriale » pénale : la procédure s'enclenche en cas de « motifs raisonnables et probables » de fraude et l'étudiant-e a droit à la communication des pièces du dossier (art 4); chacune des parties peut se faire accompagner d'un tiers, mais doit alors en informer l'autre au préalable (art 6); la reconnaissance du plagiat justifie une procédure accélérée débouchant sur une sanction potentiellement atténuée, à la manière d'un plaidoyer de culpabilité (arts 5 et s). Par ailleurs, la procédure régulière s'appuie sur l'enquête et la décision d'un groupe de professeurs évoquant un jury (arts 2–17) : art 35 des règlements scolaires, « Règlement académique [sic] I-14 - Fraude scolaire » (2017), en ligne : uOttawa <droitcivil.uottawa.ca/fr/affaires-scolaires/reglements-scolaires>.

témoignent de la force de cette « religion à côté des religions » sur la société dans son ensemble¹⁴¹.

II. LA VÉRITÉ NÉE DU *TRIAL*: UN « DEVOIR ÊTRE » PLUTÔT QU'UN « AVOIR ÉTÉ »

Quelle est la nature de la vérité judiciaire produite par l'ordalie? En quoi peut-elle être comparée à celle que porte le verdict du jury aujourd'hui? Après avoir précisé le rôle du juge dans la production de cette vérité, tout particulièrement sur le plan de l'organisation de la procédure qui conduit à sa manifestation (A), nous serons en mesure de mieux comprendre le type de vérité née du *trial*, qui ressortit davantage d'un construit d'ordre sacramentel plutôt que du fruit d'une procédure d'instruction à charge et à décharge destinée à reconstruire minutieusement la réalité des faits passés (B)¹⁴².

A. Le juge au service du rite producteur de vérité

Quel est le rôle du juge pénal face au jury? S'il revient au second d'apporter au premier la vérité sur la culpabilité, il appartient néanmoins au juge de veiller à ce que les règles du jeu ordonnant le *trial* soient respectées. En cela, il reprend à son compte le rôle du prêtre qui organisait le rite producteur de vérité qu'était le jugement de Dieu médiéval (1). Comme celui-ci également, le juge est pourtant moins neutre qu'il n'y paraît: dans une certaine mesure, il peut influencer le résultat de l'épreuve lorsqu'il l'estime souhaitable, et contribuer ainsi de manière plus directe à l'élaboration d'une vérité susceptible de restaurer le lien social (2).

1. Un « prêtre en acte » chargé d'assurer le bon déroulement du rituel procédural

L'organisation concrète du jugement de Dieu médiéval relevait naturellement, nous l'avons vu, du ministère du prêtre plutôt que de celui du juge: représentant direct de Dieu, le prêtre était seul habilité à interpréter le résultat de l'épreuve et à communiquer celui-ci au juge, même

141. Jacob, *supra* note 11.

142. Par référence au contexte de remplacement de l'ordalie sur le continent, on évoquerait plutôt la procédure d'enquête romano-canonique dont les juges d'instruction belges et français sont les héritiers.

si le côté spectaculaire de l'ordalie supposait idéalement que l'issue en soit comprise par le public qui y assistait¹⁴³. Une telle « transparence » quant au résultat caractérisait davantage l'ordalie par immersion que celle du feu¹⁴⁴, et le jugement de l'eau froide représentait la forme d'épreuve la plus répandue en Angleterre¹⁴⁵. Dans le cas d'ordalies païennes contemporaines, le principe relatif à la lecture du résultat est le même, le rôle du prêtre revenant aux personnes considérées comme responsables de la communication avec le sacré dans la communauté¹⁴⁶.

Lorsque l'ordalie chrétienne unilatérale disparaît en Angleterre après 1215 et que le jury de jugement la remplace en matière criminelle, la procédure anglaise conserve ce que Robert Jacob appelle les « rythmes anciens du procès » : le rôle du juge continue d'être cantonné aux décisions interlocutoires de « petite justice » précédant la décision sur la culpabilité (notamment au niveau de la preuve admissible et des incidents de procédure), tandis que le jury reprend à son compte, en rendant son verdict, la « grande justice » qu'accomplissait le jugement de Dieu¹⁴⁷. Le jury porte donc seul « le poids de la décision »¹⁴⁸ et le juge ne produit pas lui-même la vérité judiciaire : elle lui est imposée de l'extérieur par le verdict, de la même façon qu'autrefois, la réussite ou l'échec de l'ordalie lui était annoncé par le prêtre, de manière à ce qu'il la transpose dans son jugement¹⁴⁹.

Le rôle du juge, ses attributions de « petite justice » en cours de procès, nous ramènent à l'idée d'une procédure entendue comme un ensemble de règles du jeu dont les magistrats doivent assurer le respect pour garantir la légitimité de la décision de « grande justice » que prendra le jury à la clôture des échanges entre les deux parties¹⁵⁰. Si

143. Jacob, *supra* note 11 à la p 68.

144. Ce qui a contribué à faire du jugement de l'eau froide l'ordalie médiévale par excellence, dont la procédure était la plus sophistiquée et servait de modèle pour les autres : Jacob, *ibid* aux pp 432–33.

145. *Ibid* à la p 256.

146. *Ibid* aux pp 74–75.

147. *Ibid* à la p 274. Une telle distribution des rôles préserve les juges de la faute d'un mauvais jugement, qui les vouerait à la damnation éternelle; pour les jurés qui jugent (ou le juge en l'absence de jury), l'objectivisation réalisée à travers le standard de preuve du doute raisonnable représente un bouclier contre un tel risque : c'est l'argument développé par Whitman, *supra* note 29 aux pp 126–212.

148. Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 174.

149. Jacob, *supra* note 11 à la p 453.

150. Jacob, *supra* note 11 à la p 460 : le ludique et le judiciaire sont imbriqués.

le juge ne juge pas, dans le sens où il ne décide pas lui-même de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé dans un procès par jury, il lui appartient toutefois, de la même manière que le prêtre anglais guidant l'organisation de l'ordalie, de diriger le rite qui produira la vérité judiciaire¹⁵¹. Il doit notamment veiller à ce que les avocats des parties n'outrepassent pas les bornes de la partialité intrinsèque à leur intervention par des déclarations incendiaires ou personnelles intempestives, ou des conclusions infondées par rapport à la preuve : le magistrat doit alors, pour assurer l'équité des débats, rééquilibrer ceux-ci lorsqu'il instruit le jury avant le délibéré¹⁵². Mais il ne peut se départir ostensiblement de son rôle d'arbitre impartial, particulièrement au regard du respect des règles de preuve, car cette mission de surveillance est partagée avec les avocats sous l'angle de décisions tactiques liées à la procédure, qui leur appartient au premier chef¹⁵³ : « le juge ne plaide pas, il ne mène pas d'enquête ni d'interrogatoire, il n'enquête ni ne défend et il ne rend pas de décision sur les faits ou sur la culpabilité de l'accusé »¹⁵⁴. En d'autres termes, il est la condition de réalisation d'un rite dont d'autres sont les acteurs principaux.

À cet égard, le legs du jugement de Dieu à la procédure anglaise ultérieure est l'empreinte profonde de la liturgie et des rites qui en assurent la force, en lui permettant de susciter par elle-même l'adhésion à la décision qu'elle produit lorsque les « règles du jeu » ont été respectées¹⁵⁵. Les sacrements chrétiens étaient en effet placés au cœur même de l'ordalie¹⁵⁶; quand le jury s'y substitue, ces sacrements changent simplement de forme. Nous avons déjà eu l'occasion de remarquer qu'en Angleterre, par opposition au continent européen où après la disparition des ordalies, les juges commencent à trancher eux-mêmes les litiges à la suite d'une investigation strictement réglée dans ses modalités, le foyer du sacré est en quelque sorte descendu sur la terre, centré sur des juges ordonnant la procédure productrice de

151. Jacob, *ibid* à la p 453.

152. Eugene G Ewaschuk, *Criminal Pleadings and Practice in Canada*, 2^e éd, Toronto, Thomson Reuters Canada, 1988 (feuilles mobiles mises à jour en 2019, version 156) au para 17:2050.

153. *R c S G T*, 2010 CSC 20 aux para 35-37, [2010] 1 RCS 688.

154. Daley, *supra* note 44 au para 28.

155. Jacob, *supra* note 11 à la p 93.

156. *Supra* à la partie I.A et *infra* à la partie II.B.2, pour l'influence des sacrements sur la nature de la vérité judiciaire produite par l'ordalie.

vérité à la manière du prêtre, celle des ordalies¹⁵⁷. En somme, après 1215, les juges anglais deviennent les ministres ou officiants d'un autre type d'épreuve en matière pénale : celle du jury. Ils ne jugent ni plus ni moins qu'avant, mais c'est à présent à eux qu'il incombe de mettre en forme la procédure en vue de la décision finale, qui ne leur appartient nullement. Dans cet ordre d'idées, Robert Jacob relève que l'organisation des *inns of court*, où juges et avocats sont formés et auxquelles ils continuent d'appartenir tout au long de leur carrière, revêt également un certain caractère sacramentel auquel il leur faut adhérer : les repas à prendre en commun (qui rappellent le sacrement catholique de l'eucharistie), ainsi que la présence régulière et la participation aux activités des *inns of court* notamment. Alors que les sacrements catholiques disparaissent de la vie religieuse au XVI^e siècle avec la séparation de l'Église de Rome et le virage protestant, il est significatif d'en voir ressurgir des variantes au sein d'un autre « clergé » dont ils rythment la conduite professionnelle sous peine d'une exclusion définitive évoquant une excommunication : celui des juges de common law, des « prêtres en acte » qui forment en quelque sorte une « Église dans l'État » dans la mesure où ils sont les officiants d'une religion à côté des religions — celle du procès de common law, dont il a déjà été question ci-dessus¹⁵⁸.

2. Un officiant susceptible d'influencer le résultat de l'épreuve

Grand ordonnateur du *trial*, dont il garantit l'efficacité rituelle, le juge peut-il en altérer l'issue? L'influence du prêtre sur la réussite ou l'échec du jugement de Dieu, et la situation du juge par rapport au résultat de celui-ci tel qu'il lui est communiqué (a) se prolongent dans le pouvoir dont disposent encore aujourd'hui les juges anglais et canadiens sur l'élaboration et le contenu du verdict rendu par le jury de jugement en matière pénale (b).

a. Le juge, le prêtre et l'ordalie

De façon générale, qu'il s'agisse du jugement de Dieu médiéval ou des ordalies contemporaines, le caractère public de l'épreuve se traduit en pratique par l'exercice de pressions et d'influences diverses sur

157. Par opposition au continent où le sacré s'organise de façon verticale et non horizontale : Jacob, *supra* note 11 à la p 487.

158. *Ibid* à la p 501 et *infra* à la partie I.D.1 pour le caractère sacré du *trial* qui perdure et s'exprime dans le prosélytisme de la culture juridictionnelle de type adversarial.

l'officiant qui en orchestre l'exécution. En effet, le public n'est pas neutre : parents et amis des parties, habitants de la localité susceptibles d'entretenir des idées préconçues ou d'être influencés par les affirmations émanant de personnes en position d'autorité, le prêtre du jugement de Dieu, au même titre que l'officiant d'une ordalie païenne, ressent ce faisceau d'influences diverses et peut choisir de faire triompher la « force sociale prépondérante » pour permettre à l'épreuve de remplir sa fonction de réconciliation communautaire. Dans ce but, il pourra « orienter » son interprétation du résultat de l'ordalie dans le sens qu'il estime le plus approprié dans les circonstances¹⁵⁹. Par suite, dès les débuts du jugement de Dieu en Europe occidentale et tout au long de son utilisation dans la procédure judiciaire laïque, la contestation de l'issue d'ordalies ou de la teneur de serments médiévaux n'est pas rare (au même titre que la critique de la légitimité de l'épreuve elle-même, qui finira par précipiter sa chute en 1215)¹⁶⁰.

En Angleterre en particulier, les réformes pénales initiées par Henry II dans la seconde moitié du XII^e siècle contribueront à décrédibiliser davantage encore le jugement de Dieu en généralisant l'épreuve de l'immersion au détriment de celle du feu. Contrairement à l'ordalie par le feu, dont la réussite dépend beaucoup de l'interprétation du résultat par le prêtre en termes de cicatrisation optimale de la blessure infligée à l'accusé (et qui laisse donc à l'officiant une marge de manœuvre considérable pour parvenir à l'issue qu'il estime la plus appropriée), le jugement de l'eau froide implique une épreuve au caractère public renforcé et beaucoup plus difficile à réussir sans entraînement préalable à l'apnée. La prépondérance de l'ordalie par immersion traduit donc un durcissement de la procédure pénale et entraîne une recrudescence de condamnations suivies de confiscations témoignant d'une présomption quasi irréfragable de culpabilité dans le chef de l'accusé¹⁶¹. Plus encore, il devient possible pour les juges de condamner alors même que l'épreuve est considérée comme réussie par le prêtre¹⁶². L'ordalie anglaise devient alors un « simple instrument au

159. *Ibid* à la p 87.

160. De telles critiques se retrouvent aussi sous d'autres latitudes à l'égard de l'ordalie païenne : voir en général Jacob, *ibid* aux pp 88–94.

161. *Ibid* à la p 255, citant les assises de Clarendon en 1166 et de Northampton en 1176. Voir aussi Bartlett, *supra* note 16 aux pp 65–68.

162. Par exemple au bannissement si la rumeur publique continue à enfler quant à la culpabilité de l'accusé en dépit de la réussite de l'ordalie : Jacob, *supra* note 11 à la p 255, et également Bartlett, *supra* note 16 aux pp 67–68.

service de l'accusation», ce qui la conduit à perdre tout sens puisqu'elle est pratiquement impossible à réussir et que même en cas de succès, une condamnation peut néanmoins s'ensuivre. On comprend mieux, de la sorte, le peu de résistance de l'Angleterre face à la condamnation indirecte des ordalies par le quatrième concile de Latran, et la bonne volonté corrélative à les remplacer par le jury de jugement en matière pénale¹⁶³.

b. Le juge et le jury de jugement

Face au jury appelé à décider de la culpabilité à la place de l'ordalie, le juge de common law, nous l'avons vu, se transforme lui-même en officiant chargé de veiller au respect des rites destinés à conférer à la procédure son efficacité dans la production de la vérité : il devient en quelque sorte le prêtre de l'épreuve par jury¹⁶⁴. Cette similitude de fonction s'étend-elle à la faculté d'influencer le résultat de celle-ci, le cas échéant? En d'autres termes, de quel(s) pouvoir(s) disposent les juges anglais et canadiens quant au contenu du verdict? En fait, les juges de common law ont toujours exercé une certaine forme de supervision sur le jury de jugement en matière pénale, car compte tenu du caractère lapidaire de la procédure dans laquelle il s'inscrivait avant les réformes progressives du XVIII^e siècle (notamment le fait que les procès étaient très courts et entendus par le même jury sur une seule journée)¹⁶⁵, le risque d'erreurs, voire de préjugés indus de la part des jurés, n'était pas négligeable¹⁶⁶. Dans sa forme correctrice, ce contrôle judiciaire sur le jury pouvait aller jusqu'à forcer celui-ci à reconsidérer son verdict (i), et dans sa version préventive, il permet encore aujourd'hui aux magistrats d'intervenir au fil du *trial* de manière à accompagner le jury dans sa prise de décision (ii).

i. Le pouvoir de modifier le contenu du verdict

Jusqu'en 1670, le juge qui désapprouvait un verdict à la lumière des preuves disponibles pouvait menacer le jury d'une amende pour le forcer à en rendre un autre. Une telle pratique, qui permettait au juge de dépasser son rôle d'officiant du *trial* et de se substituer au jury pour

163. Jacob, *supra* note 11 à la p 256.

164. *Supra* à la partie II.A.1.

165. *Supra* à la partie I.B.1.

166. Langbein, *supra* note 45 à la p 321.

décider de la culpabilité, a été condamnée par les juges eux-mêmes à la suite d'abus qui l'avaient rendue impopulaire¹⁶⁷.

Parallèlement, mais de façon moins intrusive, le juge pouvait aussi demander au jury les raisons sous-tendant son verdict de façon à mieux en évaluer la concordance au regard de la preuve, et le renvoyer en délibération avec de nouvelles instructions si nécessaire. En somme, il interprétait ainsi le résultat de l'épreuve de façon à le rendre plus acceptable, et l'influçait directement par la même occasion. En déclin jusqu'à son abandon à la fin du XVIII^e siècle, ce pouvoir était utilisé avec parcimonie afin de ne pas réduire l'autorité du jury, et par là son efficacité comme organe de décision¹⁶⁸. À l'époque actuelle, les juges anglais et canadiens sont encore en mesure de questionner le jury sur son verdict lorsque celui-ci comporte une ambiguïté (afin de la résoudre), et de refuser le verdict s'il est *ultra vires* par rapport au cadre fixé par l'acte d'accusation comportant la liste des incriminations (*indictment*)¹⁶⁹. Le jury peut alors être renvoyé en salle de délibération pour clarifier son verdict ou le rendre conforme à l'acte d'accusation¹⁷⁰.

Enfin, il convient de mentionner qu'un verdict de culpabilité indésirable pouvait voir son effet annulé ou atténué sur le plan de la peine par l'entremise de la grâce royale, que les juges anglais ont longtemps administrée eux-mêmes de façon à tempérer la sévérité d'un droit

167. *Bushell's Case*, 124 ER 1006 et les explications et références de Langbein, *supra* note 45 à la p 323.

168. Voir les références et exemples fournis par Langbein, *supra* note 45 aux pp 326–29. Toute intrusion systématique de l'autorité publique dans les verdicts réduit évidemment l'indépendance et l'utilité du jury (Hreno, *supra* note 2 à la p 368); à la fin, il en a été de même avec l'ordalie en Angleterre (*supra* à la partie II.A.2.a *in fine*).

169. Car c'est l'*indictment*, en général rédigé par le *Crown Prosecution Service* et comprenant la liste des infractions reprochées à l'accusé, qui fixe la compétence du jury: Sprack, *supra* note 44 à la p 203. Au Canada, il en va de même de l'acte d'accusation présenté par le procureur général (ou son représentant): art 574 C.cr. Mais il existe une certaine latitude dans la détermination de ce qui y est effectivement inclus: art 662 C.cr., et Don Stuart et Tim Quigley, *Learning Canadian Criminal Procedure*, 12^e éd, Toronto, Thomson Reuters, 2016 aux pp 1021–38.

170. Il en va ainsi, par exemple, lorsqu'il existe une contradiction entre deux verdicts rendus dans la même affaire, notamment lorsqu'il existe plusieurs accusés; voir, en général pour l'Angleterre, Sprack, *supra* note 44 aux pp 322–23. Au Canada, le juge dispose d'une certaine discrétion à cet effet tant que le jury n'a pas été libéré (par ex *Brown v The Queen*, [1962] SCR 371, 1962 CanLII 48; *Laforet c R*, [1980] 1 RCS 869, 1979 CanLII 58), mais après ce moment, son impartialité peut être compromise et le test permettant la « correction » devient plus exigeant: *Head c La Reine*, [1986] 2 RCS 684, 1986 CanLII 8 et *R c Burke*, 2002 CSC 55, [2002] 2 RCS 857. Du reste, la contradiction persistante peut aussi justifier un appel: *Smith v R*, 1980 ONCA 1290, (1980) 18 CR (3d) 399, et en général Steve G Coughlan, *Criminal Procedure*, Toronto, Irwin Law, 2016 aux pp 421–22.

pénal marqué par la généralisation de la peine de mort¹⁷¹. Cette manière de rendre inopérants les verdicts jugés inadéquats s'est révélée très efficace en pratique comme instrument de contrôle du jury, dans la mesure où les jurés, conscients de la prérogative comme d'une invisible épée de Damoclès, ont eu tendance à respecter davantage les directives que leur donnait le juge avant le délibéré¹⁷².

ii. Le pouvoir de guider la fabrication du verdict

En tant qu'officiant du procès par jury, le juge peut influencer celui-ci de bien des manières, tant en amont qu'en aval par rapport au moment du délibéré. En effet, dès l'étape de la composition du jury, mais aussi en cours d'instance, le juge est appelé à rendre des décisions interlocutoires (ce que Robert Jacob qualifie de décisions de « petite justice » par rapport à la « grande justice » que représente l'épreuve finale du jury ou de l'ordalie)¹⁷³ sur la recevabilité de récusations motivées¹⁷⁴ ou sur le caractère opportun d'une récusation par le juge lui-même¹⁷⁵, sur la nécessité d'une protection policière des jurés¹⁷⁶, sur l'admissibilité d'éléments de preuve¹⁷⁷ et, le cas échéant, sur la

171. Voir notamment John M Beattie, « The Royal Pardon and Criminal Procedure in Early Modern England » (1987) 22:1 Historical Papers 9. À partir du XVI^e siècle et jusqu'en 1868, la déportation vers les colonies représentait la peine alternative la plus utilisée : Baker, *supra* note 13 aux pp 516–17.

172. Langbein, *supra* note 45 aux pp 324–25. En cela, le pardon s'apparentait alors à une version embryonnaire de l'appel encore inconnu de la common law : Baker, *supra* note 13 aux pp 516–17. Aujourd'hui, la fonction du pardon est à nouveau de compenser le caractère restrictif des voies de recours existantes, en particulier lorsque l'innocence est établie *a posteriori* : *infra* à la partie II.B.2.

173. *Supra* à la partie II.A.1.

174. Sprack, *supra* note 44 à la p 260; *R c Spence*, 2005 CSC 71 aux para 21, 23 et 78, [2005] 3 RCS 458; *R c Find*, 2001 CSC 32 aux para 32 et 45, [2001] 1 RCS 863; *Sherratt*, *supra* note 55 à la p 536, et en général Vauclair et Desjardins, *supra* note 110 aux n^{os} 2464–2474. Voir aussi, pour une comparaison, R Blake Brown, « Challenges for Cause, Stand-Asides, and Peremptory Challenges in the Nineteenth Century » (2000) 39:3 Osgoode Hall LJ 453.

175. Sprack, *supra* note 44 aux pp 258–59; Padfield et Bild, *supra* note 96 à la p 398, et *R v Ford*, [1989] QB 868; et pour le Canada, l'art 633 C.cr. et *R c Krugel*, (2000) 143 CCC (3d) 367, 2000 CanLII 5660 (ON CA); Ewaschuk, *supra* note 152 au para 17:0068.

176. Qui peut avoir une influence sur le jury et son verdict par l'impact des conditions de vie difficiles qu'ils doivent supporter pendant le procès, ou par la peur induite par la nécessité d'une telle protection : Sprack, *supra* note 44 à la p 261; *R v Comerford*, [1949] 1 Cr App R 235 (CA); Ewaschuk, *supra* note 152 au para 17:1025.

177. Aujourd'hui, le jury se retire à l'occasion de tout *trial on the voir dire*, et le juge tranche en présence des avocats et de l'accusé, mais ce n'était pas le cas historiquement, surtout dans la mesure où il n'y avait pas d'avocat en défense : voir en général Langbein, *supra* note 45 aux pp 178–252.

libération d'un ou plusieurs jurés en cours de procès¹⁷⁸ ou encore du jury tout entier, conduisant alors à un nouveau procès devant un nouveau jury¹⁷⁹. Mais de telles décisions interlocutoires se situent davantage en amont par rapport à la délibération du jury et ne permettent pas au juge d'influer directement sur le verdict de celui-ci. Nous allons donc plutôt nous concentrer sur les interventions du juge dans ce que l'on pourrait appeler l'encadrement du délibéré, en aval du procès, là où en tant qu'officiant de l'épreuve, il est le plus à même d'en orienter l'issue.

Les directives adressées par le juge au jury représentent l'ultime étape avant que celui-ci se retire pour délibérer, et le fait que la Cour européenne des droits de l'homme y voie la grille de lecture permettant *a posteriori* à l'accusé de comprendre les raisons du verdict en atteste l'importance dans la culture procédurale de common law¹⁸⁰ : en pratique, « l'exposé du juge au jury est la pièce centrale du procès par jury »¹⁸¹. Le juge y explique au jury leurs rôles respectifs (au juge le droit, qu'il lui appartient d'expliquer au jury et dont celui-ci ne peut plus s'écarter, et à ce dernier les questions de fait), souligne qu'il appartient à l'accusation de prouver la culpabilité (et non à l'accusé de démontrer son innocence) au-delà de tout doute raisonnable¹⁸², définit l'infraction et explique le plus simplement possible ce qui doit être

178. En Angleterre, le nombre maximal est de trois (Sprack, *supra* note 44 aux pp 263–64, et *Porter v Magill*, [2002] AC 357 (HL Eng)); au Canada, il est de deux jurés seulement (art 644(1) et (2) C.cr. et par ex *R c Lessard*, (1992) 74 CCC (3d) 552 à la p 559, 1992 CanLII 3103 (QC CA). Toutefois, si aucune preuve n'a encore été entendue, il vaut mieux remplacer le juré libéré, car l'accusé a en principe droit à douze : art 644(1.1) C.cr., et Penney, Rondinelli et Stribopoulos, *supra* note 72 aux para 15.61–15.64.

179. Ce pouvoir est historique : Langbein, *supra* note 45 aux pp 525–26. Aujourd'hui, la décharge du jury entier intervient d'office lorsqu'il n'y a pas d'accord sur le verdict, et à l'appréciation du juge lorsqu'une preuve inadmissible qui lèse l'accusé a été communiquée au jury, ou que l'impartialité du jury est sérieusement mise en cause : Sprack, *supra* note 44 aux pp 265–67; Salhany, *supra* note 48 aux para 6.3243 et 6.4540, et notamment l'art 647(4) C.cr.; *R c Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 RCS 823.

180. C'est ce qui a permis d'éviter jusqu'à présent d'imposer la motivation des verdicts en Angleterre au nom du procès équitable et de l'art 6, para 1 CEDH : *Taxquet*, *supra* note 4; *Judge c R.U.*, n° 35863/10 (8 février 2011).

181. Vauclair et Desjardins, *supra* note 110 au n° 2536.

182. Ou, en Angleterre et pour plus de clarté, les jurés doivent être « sûrs » ou « satisfaits de l'être » quant à la culpabilité : *Majid*, (2009) EWCA Crim 2563 et Sprack, *supra* note 44 à la p 297. Au Canada, la Cour suprême conseille une approche globale reposant sur des explications circonstanciées plutôt que sur une simple expression alternative, qui pourrait induire les jurés en erreur : *R c Lifchus*, [1997] 3 RCS 320, 1997 CanLII 319; *R c Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 RCS 144 et Vauclair et Desjardins, *supra* note 110 aux nos 2595–2608.

prouvé pour que la culpabilité soit considérée comme établie et, le cas échéant, certaines règles de preuve¹⁸³, souligne que s'il y a plusieurs accusés, leur culpabilité doit être considérée séparément, résume l'ensemble de la preuve présentée à partir de ses notes personnelles¹⁸⁴, demande au jury de nommer son président (qui annoncera le verdict) et l'exhorte à parvenir à un verdict unanime¹⁸⁵. L'intérêt d'harmoniser ces directives en définissant un « patron » que les juges pourraient suivre ou amender, particulièrement en relation avec la définition de notions juridiques, a débouché sur un tel modèle en Angleterre¹⁸⁶, mais pas au Canada, où la Cour suprême se contente d'énumérer les éléments indispensables que doivent contenir les directives, mais préconise la souplesse¹⁸⁷.

En Angleterre, il n'est pas interdit au juge de communiquer ses propres impressions sur la preuve lorsqu'il en fait le résumé au bénéfice du jury; tout au plus doit-il, sous peine d'appel, indiquer aux jurés qu'ils ne sont pas liés par son évaluation à ce sujet. Jusqu'au milieu du XVIII^e siècle, ce pouvoir de commenter la preuve était très large et pouvait favoriser ou non l'accusé; il était en tout cas considéré comme bienvenu par les jurés, qui accueillaient volontiers l'appréciation du

183. Par exemple, qu'un autre standard de preuve est applicable pour évaluer le bien-fondé d'une allégation en défense.

184. Il existe en Angleterre une grande variété de méthodes pour ce faire, et différents degrés d'implication personnelle de la part du magistrat; dans tous les cas, l'impératif est de ne pas endormir le jury en voulant être trop exhaustif: Sprack, *supra* note 44 à la p 298. La tendance est la même au Canada: *R c Girard*, (1996) 109 CCC (3d) 545 à la p 567, 1996 CanLII 5718 (QC CA); *Daley*, *supra* note 44 au para 56; *R v Rodgeron*, 2015 CSC 38 aux para 50-54, [2015] 2 RCS 760 [*Rodgeron*].

185. En Angleterre, il est courant que les juges remettent une version écrite de ces directives au jury, ce qui leur est permis depuis 2014: Coen et Doak, *supra* note 2 à la p 797 et *Criminal Procedure Rules 2014* (R-U), r 38.14(3). La possibilité existe au Canada également, mais le juge doit bien préciser la portée de cet aide-mémoire: Caughlan, *supra* note 170 aux pp 416-17, et *R c Ménard*, [1998] 2 RCS 109, 1998 CanLII 790.

186. Ces instructions quant à la manière de formuler les directives figurent dans «The Crown Court Compendium – Part I: Jury and Trial Management and Summing Up» (juin 2018) aux pp 80-82, en ligne (pdf): uk.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2018/06/crown-court-compendium-pt1-jury-and-trial-management-and-summing-up-june-2018-1.pdf.

187. *Daley*, *supra* note 44 aux para 29-30 et aussi Jordan Hauschildt, «Deadlocked: The Case for Mandatory Pattern Instructions in Criminal Jury Trials» (2005) 50:4 Crim LQ 453. Il faut aider le jury à comprendre, donc inclure au moins les questions de fait à décider, le droit qui leur est applicable ainsi qu'à la preuve, la position des parties et les preuves afférentes à celle-ci (Vauclair et Desjardins, *supra* note 110 aux n^{os} 2539-2668, et *R c MacKinnon*, (1999) 132 CCC (3d) 545, 1999 CanLII 1723 (ON CA); *R c Jacquard*, [1997] 1 RCS 314, 1997 CanLII 374 [*Jacquard*]), tout en restant flexible (*Rodgeron*, *supra* note 184 au para 51).

juge¹⁸⁸. Si les juges anglais se montrent plus circonspects depuis, ce pouvoir demeure pourtant bel et bien, et continue d'influencer le jury qui apprécie ce résumé de positions diamétralement opposées après des jours de contre-interrogatoires faisant et défaisant la preuve avec minutie :

Having heard persuasive and eloquent speeches from the various counsel in the case which usually arrive at directly opposite conclusions, the jurors turn with relief to the judge who can put the arguments in perspective, identify the 'red herrings' and clarify the issues. Counsels, of course, are not always as convinced of the impartiality and wisdom as the jurors may be¹⁸⁹.

Au Canada, le juge dispose aussi en principe d'une certaine liberté dans la manière dont il présente la preuve au jury et résume les thèses de l'accusation et de la défense¹⁹⁰. Mais les limites encadrant ce pouvoir sont aussi importantes que subtiles. Certes, il n'a pas à être parfait et ses mots doivent être replacés dans leur contexte¹⁹¹. Mais il ne peut présenter la preuve de façon inéquitable à l'égard de l'accusé, en déformant ou en privilégiant la thèse d'une partie au détriment de l'autre¹⁹². Il doit s'exprimer de façon nuancée et devrait en principe s'abstenir de déclarer ne pas croire la thèse de l'accusé ou dire qu'il estime l'accusé peu fiable, voire de mettre en cause certains témoins de la défense¹⁹³. Pourtant, il arrive que de telles opinions explicites soient admises, pour autant que le juge ait aussitôt prévenu le jury qu'il lui revenait de décider de la question¹⁹⁴.

188. Langbein, *supra* note 45 aux pp 321–23. Aux États-Unis par contre, depuis les années 1780, différents États ont entrepris d'interdire au juge de commenter la preuve par voie législative: *ibid* à la p 323 et les références n 344.

189. Sprack, *supra* note 44 à la p 296.

190. Thatcher, *supra* note 93 au para 83; *R c S (R D)*, 161 NSR (2d) 241 au para 158, 1997 CanLII 324 (CSC); *R c Gunning*, 2005 CSC 27 aux para 5 et 27, [2005] 1 RCS 627; *R v Kummerfeld*, 165 WAC 257, 1998 CanLII 12311 (SK CA); Ewaschuk, *supra* note 152 au para 17:0003; CED 3^e (en ligne), « Criminal Law: Procedure » (IX-17.(m).(i)) au para 792.

191. Jacquard, *supra* note 187 au para 2.

192. Daley, *supra* note 44 au para 76; *R v Baltovitch*, 191 CCC (3d) 289, 2004 CanLII 45031 (ON CA) [*Baltovitch*], et aussi *R v Paredes*, 2014 ONCA 910 au para 41, 317 CCC (3d) 415, où le juge avait présenté de façon trop favorable la thèse de l'accusation; *R v B (B)*, 2009 ONCA 552 au para 17, 251 OAC 146, où c'est la présentation de la thèse de la défense qui était défavorable. Et pour les deux à la fois: *R v McManus*, 2017 ONCA 188 aux para 102–07, 353 CCC (3d) 493.

193. Respectivement dans *R v Cooke*, (1988) 83 NSR (2d) 274; *R v (D J)* (1991), 7 CR (4th) 300 (BC CA), et *R v Drummond*, (1979) 8 CR (3d) 180 (Ont CA).

194. *R v Berbeck*, 2013 ONCA 241. Et pour un bon exemple de révision globale mais détaillée de cette relative liberté d'expression en appel, prenant en compte les mots exacts du juge, les

Dans le cadre de ces directives, le juge peut, de façon plus autoritaire encore, orienter l'épreuve du jury et le verdict produit lorsque la preuve présentée par l'accusation est manifestement insuffisante pour justifier un verdict de culpabilité. Dans une telle situation, il appartient en effet à la défense de soumettre un argument de « *no case to answer* », c'est-à-dire une affaire qui ne pourrait pas conduire à une condamnation de la part d'un jury bien renseigné, mais c'est au juge qu'il revient de décider d'adresser au jury (qui se sera retiré pendant cette discussion) une instruction impérative dans le sens d'un verdict de non-culpabilité¹⁹⁵. Au Canada toutefois, ce genre de directive est délicat, car elle est susceptible de porter atteinte à l'indépendance du jury¹⁹⁶. Le juge peut aussi, pour éviter un certain type de verdict, réduire le rôle du jury à la simple constatation des faits, le juge tirant ensuite lui-même les conséquences juridiques de ce constat : c'est ce que l'on appelle un *special verdict*, un verdict dépouillé de sa qualité d'épreuve sur la culpabilité, mais qui est aujourd'hui extrêmement rare en Angleterre¹⁹⁷ comme au Canada¹⁹⁸.

Pendant la délibération du jury, le juge peut avoir à répondre à certaines questions des jurés (relatives à des points de droit, mais aussi à certains éléments de preuve), mais il n'a guère la possibilité de les influencer à cette occasion, car toute question doit être communiquée par écrit et discutée par le juge avec les avocats avant que le jury soit ramené dans la salle d'audience pour entendre la réponse de manière

éléments de preuve sur lesquels il a insisté avant d'exprimer une opinion non seulement très tranchée, mais aussi moqueuse, et l'importance du caractère généralement « équitable » du résumé, voir en particulier *Baltovitch*, *supra* note 192, et *Vauclair et Desjardins*, *supra* note 110 au n° 2547.

195. Plus de 10 % d'acquittements sont ainsi obtenus annuellement : *Sprack*, *supra* note 44 aux pp 287–90.

196. *R c Monteleone*, [1987] 2 RCS 154, 1987 CanLII 16; *R c Rowbotham*; *R c Roblin*, [1994] 2 RCS 463, 1994 CanLII 93; *Penney, Rondinelli et Stribopoulos*, *supra* note 72 aux para 16.90–16.91. D'où des difficultés pour le juge de première instance qui doit évaluer si la cause peut raisonnablement procéder, même si la tendance est à laisser la décision au jury : *R c Charemski*, (1998) 123 CCC (3d) 225, 1998 CanLII 819 (CSC), et par ex *R c Hay*, 2013 CSC 61, [2013] 3 RCS 694 (directive admissible en présence des seuls témoignages visuels).

197. Notamment parce qu'il avait fait l'objet d'utilisations abusives dans le cadre de certains délits de presse à la fin du XVIII^e siècle : *Langbein*, *supra* note 45 à la p 329. Les juges anglais pourraient demander un *special verdict* lorsque la complexité de l'affaire le justifierait, mais ils ne pourraient l'imposer : *Jackson*, *supra* note 2 à la p 505.

198. La prohibition provient de la common law plutôt que d'une loi, avec l'exception associée à la capacité mentale de l'accusé lorsque la condamnation en dépend (art 672.34 C.cr.) : *R c Tempelaar*, [1995] 1 RCS 760, 1995 CanLII 133; *R v Solomon and Triumph*, (1984) 6 Cr App R (S) 120 aux pp 126–27; *Hreno*, *supra* note 2 aux pp 360–61 et la n 24.

publique¹⁹⁹. Par contre, le juge anglais est susceptible d'influencer davantage le jury pendant le délibéré lorsque ce dernier ne parvient pas à l'unanimité quant au verdict²⁰⁰. En effet, depuis 1967, les jurys anglais peuvent décider à la majorité lorsqu'il leur est impossible d'atteindre l'unanimité²⁰¹. Mais cette possibilité ne leur sera communiquée qu'*a posteriori*, les directives immédiatement antérieures à la délibération leur enjoignant de parvenir à un verdict unanime. C'est donc lorsque le jury est « bloqué » et ne parvient pas à s'entendre sur un verdict que le juge peut intervenir pour lui permettre de s'accorder à une majorité moindre²⁰². Ensuite, le juge doit laisser le temps au jury de parvenir à un accord et ne pas exercer sur lui de pression indue qui pourrait forcer un verdict précipité par défaut (il en a été ainsi jugé d'un magistrat qui avait sommé les jurés de se dépêcher, sans quoi il allait manquer son train)²⁰³. Enfin, si l'indécision se prolonge malgré tout, il appartient au juge de lui donner de nouvelles directives à ce sujet, dont la teneur était au départ abandonnée à la discrétion des juges, mais qui a depuis été harmonisée de façon à ce que cette nouvelle intervention judiciaire influence le jury le moins possible²⁰⁴. Et

199. Sprack, *supra* note 44 aux pp 307-08; art 650 C.cr.; Caughlan, *supra* note 170 aux pp 413-15 et 417-19, et par ex *R c S (W D)*, [1994] 3 RCS 521, 1994 CanLII 76.

200. Au Canada, la règle de l'unanimité demeure, et le juge doit en avertir le jury: *R v Latour*, [1951] SCR 19 à la p 30, 1950 CanLII 12. Mais cette unanimité ne vise que le dispositif, pas les motifs (l'évaluation de la preuve): *R v Tuckey, Baynham and Walsh*, (1985) 20 CCC (3d) 502, 1985 CanLII 3509 (ON CA), et Vauclair et Desjardins, *supra* note 110 aux n^{os} 2614-2616. Il en va de même à cet égard en Angleterre: *R v More*, [1987] 1 WLR 1578 (HL Eng).

201. Cette majorité peut être de 11 contre 1, ou de 10 contre 2. En cas de jury réduit, elle peut être de 10 contre 1 ou de 9 contre 1, mais pas de 9 contre 2. Et s'il ne reste plus que neuf jurés au sein du jury, l'unanimité est requise. Dans tous les cas, la majorité doit être communiquée avec le verdict: *Juries Act 1974* (R-U), *supra* note 5, art 17.

202. Ce ne sera pas avant deux heures de délibérations infructueuses, voire plus si le juge l'estime raisonnable en l'espèce: Sprack, *supra* note 44 aux pp 318-20.

203. *R v McKenna*, [1960] 1 QB 411. La même question se pose évidemment au Canada lorsque l'unanimité n'est pas atteinte: il y a un équilibre délicat à atteindre entre encourager les jurés dissidents à écouter les vues de la majorité et les « contraindre » à ne pas exprimer leur désaccord (Vauclair et Desjardins, *supra* note 110 aux n^{os} 2617-2626, et *R c Sims*, [1992] 2 RCS 858, 1992 CanLII 77; *G (R M)*, *supra* note 55 au para 26, où la cour donne une suggestion de discours par le juge au jury). Le juge peut leur dire qu'il va falloir les loger en dehors de la ville si ça continue: *R v Townsend*, 2014 YKCA 1, (2014) 306 CCC (3d) 134, mais pas « qu'après onze heures il est temps » (*R c Edwards*, (2002) 165 OAC 133, 2002 CanLII 41587 (ON CA)), ni ce que ça va coûter à la collectivité, ni donner un temps limite, ni faire l'exhortation après trop peu de temps (*G (R M)*, *supra* note 55 au para 26).

204. Le juge doit conseiller à chaque juré de prêter une oreille attentive aux autres, d'avoir à l'esprit le coût du procès pour la collectivité (et ce qu'en coûterait un nouveau, faute d'arriver à un verdict), etc.: Sprack, *supra* note 44 aux pp 321-22.

s'il n'y a rien à faire en définitive, le juge dispose du pouvoir discrétionnaire d'ordonner un nouveau procès²⁰⁵.

On le voit, les directives du juge au jury représentent une zone d'influence plus ou moins subtile appelant de ce fait un encadrement normatif à différents niveaux. Mais en tout état de cause, la liberté accordée aux juges anglais d'exprimer leur opinion sur la preuve avant que le jury se retire pour délibérer est synonyme en pratique d'influence réelle sur les jurés. À cet égard, les juges anglais influent s'ils le souhaitent sur le résultat de l'épreuve du jury, à la manière dont les prêtres « aidaient » parfois à l'obtention d'un certain résultat après une ordalie : à leur façon, ils ordonnent aussi le sacré à l'intérieur de la procédure.

B. Une vérité de type sacramentel issue du rite procédural

À la lumière des développements qui précèdent, la nature de la vérité produite par l'ordalie est-elle semblable à celle que porte le verdict du jury? Toutes deux sont produites au sortir d'une épreuve unique, un « moment solennel » en termes de temps, de lieu et d'action, d'un seul coup — aux antipodes de la vérité « en attendant » issue d'un procès à la française, qui ne se cristallise qu'au fil d'un long processus d'appels et de remises en cause²⁰⁶. Le rapprochement entre la vérité de l'ordalie et celle du verdict se confirme lorsqu'on considère la survivance de la présomption d'omniscience qui nimbait le jugement de Dieu (1), et qu'elle s'apparente dans les deux cas à un devoir être dont la validité découle du respect de rites procéduraux entendus de façon sacramentelle (2).

1. La présomption d'omniscience accompagnant le jugement de Dieu

L'ordalie chrétienne médiévale impliquait l'intervention directe de Dieu pour trier la bonne cause de la mauvaise. Son résultat était donc en théorie d'autant plus indiscutable que Dieu, qui connaît toute chose, pouvait discerner sans peine la vérité de la personne éprouvée par l'épreuve et manifester celle-ci le cas échéant aux yeux de tous en lui

205. Art 653 C.cr. et Caughlan, *supra* note 170 à la p 415. Il en va de même en Angleterre, mais si cela se produit deux fois de suite, l'accusation se désiste et le juge enregistre un verdict de non-culpabilité : Sprack, *supra* note 44 aux pp 320–21.

206. Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 aux pp 89 et 95, et Jacob, *supra* note 11 à la p 457; ce dernier remarque que le « temps court » du *trial* demeure celui d'une ordalie.

prêtant la force de réussir l'ordalie²⁰⁷. Le jugement de Dieu s'accompagnait donc d'une présomption d'omniscience : Dieu ne pouvait se tromper dans sa décision. Le jury de jugement anglais en matière pénale, qui remplace l'ordalie, a en quelque sorte hérité de cette présomption d'omniscience de façon implicite, même si elle n'a jamais été « officiellement revendiquée » par la common law. Pour Robert Jacob, elle n'aurait « jamais vraiment disparu » de la charge symbolique du jury, et en constituerait même une « sorte de structure latente »²⁰⁸.

En même temps, les jurés ne sont pas Dieu lui-même. Avec leur intervention, la vérité judiciaire ne s'affirme plus directement « sous la caution de Dieu », mais au moyen de serments promissaires prêtés par les jurés au début du procès à l'effet de « dire vrai » (*vere dicere*)²⁰⁹ : inscrite dans un verdict d'origine humaine, la vérité devient donc plus subjective et « cesse d'être un absolu »²¹⁰. Les jurés promettent seulement d'être sincères et, avec l'aide de Dieu, de tenter de « mettre au jour » la vérité²¹¹. Dès lors, l'erreur devient possible, car le verdict se construit « dans les limites de la faillibilité humaine »²¹², mais paradoxalement, le supplément d'humanité du jury ne parvient pas à éradiquer tout à fait la présomption d'omniscience qui imprégnait le jugement de Dieu auquel il succède²¹³.

2. Le respect du rite procédural comme source de validation substantielle

La vérité de l'ordalie, nous l'avons déjà dit, est centrée sur la totalité de l'individu plutôt que sur sa thèse quant aux faits passés : c'est une vérité de la personne, qui est toute entière mise à l'épreuve, plutôt qu'une vérité des faits de la cause²¹⁴. Par elle-même, l'ordalie « fait jugement » et n'implique aucune procédure d'enquête systématique; dès lors, sa vérité s'exprime naturellement en « termes irréductibles à ceux

207. Jacob, *ibid* à la p 60.

208. *Ibid* aux pp 457-58.

209. *Ibid* à la p 262.

210. *Ibid* à la p 272.

211. *Ibid* aux pp 250 et 262.

212. Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 89, n 56, citant *Herrera v Collins*, 506 US 390 à la p 401 (1993).

213. Elle est mentionnée notamment par Coen et Doak, *supra* note 2 à la p 788 parmi les raisons avancées pour expliquer la non-motivation des verdicts.

214. *Supra* à la partie I.B.1 et Jacob, *supra* note 11 à la p 60.

d'une vérité factuelle»²¹⁵. La vérité produite par le jugement de Dieu est plutôt un « vrai social » accepté par les parties en vue de la réconciliation : c'est « ce qui a dû se passer », donc une vérité du « devoir être », pas de « l'avoir été » (ce qui s'est réellement passé)²¹⁶.

On le voit, le type de vérité qu'engendre l'ordalie ne coïncide pas nécessairement avec la réalité des faits passés. Elle ne tend d'ailleurs pas à cette connaissance de « l'avoir été », et si sa vérité du « devoir être » se confond parfois ou souvent, en pratique, avec la vérité purement factuelle, tel n'est pas son objectif premier. L'important est de restaurer l'harmonie sociale du groupe autour d'une reconstitution des faits à laquelle acceptent de se rallier les parties et ceux qui les soutiennent : toute divergence avec la réalité factuelle pure devient en quelque sorte irrelevante lorsque les rites procéduraux ont été dûment respectés pour produire la vérité judiciaire « officielle ». Comme le rappelle Robert Jacob, les intellectuels du Moyen Âge analysaient ici la vérité du droit à l'aune de celle que produisaient les sacrements catholiques, qui étaient porteurs de vérité « intrinsèque », c'est-à-dire qu'ils pouvaient produire leur effet dès que les conditions formelles requises à leur réalisation étaient remplies (nommément, l'intervention d'un prêtre apparemment ordonné et le respect du rite prescrit, comme celui du baptême ou du mariage). Si par la suite un défaut dans l'administration du sacrement était révélé (par exemple, le fait que le prêtre n'avait pas été dûment ordonné, que l'une des parties au sacrement avait menti, etc.), cela n'empêchait pas le sacrement d'exercer son effet en raison de son double niveau de vérité : le respect apparent des rites prévus par l'Église, et leur aptitude à produire leur effet en dépit de vices de forme mis au jour ultérieurement²¹⁷.

Lorsque le jury de jugement remplace l'ordalie, elle-même très imprégnée par les sacrements catholiques²¹⁸, le sacrement change simplement de forme : les rites de la procédure, que dirige le juge à la place du prêtre du jugement de Dieu, ont alors le pouvoir de produire la vérité du droit lorsqu'ils ont été respectés sur le plan formel²¹⁹. Et c'est ce qui confère au procès de common law, nous l'avons déjà

215. *Ibid* à la p 52 et Bartlett, *supra* note 16 à la p 139 et les références citées.

216. Jacob, *supra* note 11 à la p 64, qui rapproche cette conception de la vérité de celle mise en avant par les canonistes de l'époque, comme saint Anselme dans son *Traité de la vérité* (1080).

217. *Ibid* aux pp 449–52.

218. *Supra* à la partie I.A.

219. Jacob, *supra* note 11 aux pp 453–54.

souligné, la force d'une religion « qui tirerait de la liturgie de ses sacrements et la certitude d'elle-même, et sa capacité de produire les vérités constitutives du lien social »²²⁰. Ce qui importe au bout du compte, c'est le strict respect de la procédure auquel veille le juge tel un officiant d'une nouvelle obédience : la vérité du jury, qui est apportée de l'extérieur au magistrat, est de même type que celle de l'ordalie et « procède d'une rectitude déterminée de l'intérieur par les règles de la procédure »²²¹ : à cette condition, « *verdict does pass the truth* »²²². Ce souci de correction dans le mode formel de production de la vérité judiciaire explique d'ailleurs l'importance du principe de non-contradiction rayonnant à travers le procès entier²²³, et tout particulièrement dans la technique du contre-interrogatoire. La vérité du verdict est davantage affaire de vraisemblance, de sens commun, plutôt que le produit d'une enquête minutieuse destinée à éclairer impartialement les faits : la vérité du droit, c'est ce qui « subsiste comme une évidence », et l'attachement rigide au respect des règles de procédure représente l'unique et bonne manière de la trouver²²⁴. Les différents standards de preuve susceptibles de jouer simultanément à l'intérieur d'un même procès criminel témoignent d'ailleurs que cette vérité judiciaire est différente de la « vérité nue »²²⁵ et qu'elle est affaire de degrés²²⁶ : il n'est pas question de déclarer un accusé « innocent sur le plan factuel », mais uniquement de décider s'il est coupable ou non²²⁷. Quant au standard de preuve du doute raisonnable guidant le verdict, il génère naturellement une « zone grise » bénéficiant à l'accusé : si le jury n'est pas convaincu par la thèse de l'accusation, il doit acquitter l'accusé

220. *Ibid* à la p 464.

221. *Ibid* à la p 466. Voir aussi, pour un constat de même ordre se basant sur une étude de sciences sociales, Coen et Doak, *supra* note 2 à la p 793, citant Morris Zelditch, « Processes of Legitimation: Recent Developments dans New Directions » (2001) 64:1 Soc Psychol Q 4.

222. *R v William Russel*, 9 St Tr 577 à la p 666 (1683), cité par Langbein, *supra* note 45 à la p 332.

223. *Ibid*.

224. Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 95, et aussi aux pp 102 et 128–29. Au même effet, voir Lord Viscount Kilmuir, « The Migration of the Common Law » (1960) 76 LQR 40 à la p 43, cité par Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 107.

225. L'innocence « nue » (*bare*) doit donc être distinguée de l'innocence juridique, qui est au sens strict « l'impossibilité procédurale d'établir la culpabilité de quelqu'un » : Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 87.

226. *Ibid* aux pp 130–39, alignant côte à côte le doute raisonnable, la prépondérance de la preuve et la preuve claire et convaincante (utilisée aux États-Unis lorsqu'il est question d'interner quelqu'un contre son gré).

227. Au regard du droit : *Reference Re : Mullins-Johnson*, 2007 ONCA 720 au para 24, 87 OR (3d) 425.

— même s'il n'est pas non plus tout à fait convaincu par la version de la défense²²⁸. Il en va de même des règles d'exclusion de la preuve formulées progressivement afin de rééquilibrer le jeu « adversarial » et de lui donner la forme d'une confrontation entre deux parties de même nature, fût-ce artificiellement et au prix de l'exclusion de faits pertinents dans la recherche d'une vérité factuelle de « l'avoir été »²²⁹. Ce côté « adversarial » de la procédure de common law, par ailleurs, et le « *combat effect* » qu'ont amené les avocats de la défense en matière pénale continuent de renforcer ce « déficit de vérité » (au sens de la vérité des faits passés) en Angleterre, au Canada ou encore aux États-Unis : chaque partie tente de faire triompher sa version des faits, et nul tiers indépendant n'est responsable à titre principal de la recherche de cette vérité de l'avoir été²³⁰, ni les procureurs de la Couronne dont le rôle est de « présenter les éléments de preuve susceptibles d'établir la vérité relative à l'accusation »²³¹, ni même la cour, dont la mission est de rendre la justice plutôt que d'établir la vérité²³².

La difficulté extrême d'obtenir la révision, en appel, du verdict de condamnation rendu par un jury²³³ pour un motif autre que le non-respect des règles de droit formelles, particulièrement celles portant sur la procédure et la preuve, témoigne également de la force rituelle de ces règles dans la construction de la vérité judiciaire que porte le verdict, mais aussi du caractère presque inébranlable de cette vérité une fois élaborée dans le respect de rites procéduraux porteurs d'une force quasi sacramentelle²³⁴. Lorsque ceux-ci sont respectés, le passé

228. *Supra* note 93.

229. Au sujet de la décantation de celles-ci, voir Langbein, *supra* note 45 aux pp 178–252.

230. *Ibid* aux pp 331–43.

231. Vauclair et Desjardins, *supra* note 110 au n° 244, citant *R c Charest*, 28 CA 258, 1990 CanLII 3425 (QC CA), et *R c Kaufman*, 151 CCC (3d) 566, 2000 CanLII 11370 (QC CA). Leur devoir d'agir à titre public se manifeste surtout dans le respect des règles du jeu procédural, plutôt que dans une quelconque mission de recherche de la vérité : *Boucher v The Queen*, [1955] SCR 16, 1954 CanLII 3, cité par Penney, Rondinelli et Stribopoulos, *supra* note 72 au para 8.2 (mais paraphrasé erronément comme impliquant un « devoir à l'égard de la vérité » pour les procureurs).

232. *Air Canada v Secretary of State for Trade*, [1983] 2 AC 394 à la p 438 par Lord Wilberforce, et aussi *Gauthier c R*, 2010 QCCA 1116 au para 133 (le juge ne peut enjoindre au jury de décider quelle partie dit la vérité).

233. L'appel par la poursuite contre un verdict d'acquiescement est exceptionnel en Angleterre (Sprack, *supra* note 44 aux pp 442–48), et il en va de même au Canada (*supra* note 58).

234. D'origine strictement légale, l'appel à cet effet n'est admis en Angleterre que depuis 1907, et au Canada depuis 1923 (par la défense; pour la Couronne, depuis 1930 sur la seule base d'erreurs de droit). L'appel requiert une permission en Angleterre; au Canada, il en va de même sauf pour l'appel sur des questions de droit, qui est de plein droit : Vincent M Del Buono, « The Right to Appeal in Indictable Cases: A Legislative History » (1978) 16:3 *Alta L Rev* 446. En Angleterre, les

recomposé sur le mode du « devoir être » l'est pratiquement sans appel, car le *trial* qui l'établit représente un « moment unique et solennel concentrant toutes les énergies et les ressources des acteurs du procès »²³⁵. Par conséquent, lorsque de nouvelles preuves éclatantes de l'innocence de la personne condamnée apparaissent par la suite, la solution ne réside pas dans un appel²³⁶, mais de manière générale dans la grâce royale, donc sur le pardon accordé par la Couronne par l'entremise du *Home Secretary* anglais ou du gouverneur général en conseil au Canada²³⁷. C'est donc sur la base de ce pardon (qui confirme paradoxalement que le pardonné avait bien commis l'infraction) que la

motifs possibles sont l'erreur de droit commise par la cour en première instance, l'irrégularité matérielle ou le fait que la condamnation soit « *unsafe* » compte tenu de l'ensemble des circonstances, un critère d'appréciation extrêmement général qui ne permet pourtant pas de faire l'économie de démontrer qu'il y a eu des erreurs de droit en première instance en argumentant uniquement que les preuves étaient insuffisantes pour condamner : Sprack, *supra* note 44 aux pp 427–28. Au Canada, la Cour d'appel peut examiner non seulement si un verdict de culpabilité (ou un constat d'inaptitude ou de troubles mentaux) est entaché d'une erreur de droit, mais aussi s'il n'apparaît pas déraisonnable, notamment au regard de la preuve disponible, voire s'il n'y a pas eu d'erreur judiciaire : art 686(1)(a) C.c.r. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'elle peut substituer sa propre évaluation concrète de la preuve à celle du jury : il ne suffit pas que la Cour d'appel éprouve un doute raisonnable à la lecture du dossier (*R c WH*, 2013 CSC 22 aux para 2, 26, 28, 30 et 33, [2013] 2 RCS 180; *R v Moffit*, 2015 ONCA 412 au para 25, 338 OAC 144), car elle n'est pas un « treizième juré » (voir *R c WH*, *ibid* au para 27, et en général Tristan Desjardins, *L'appel en droit criminel et pénal*, 2^e éd, Montréal, LexisNexis Canada, 2012 aux n^{os} 342–441). Bref, le taux de succès d'appels mettant directement en cause le jugement du jury sur les faits est extrêmement réduit : Lisa Dufraimont, « Evidence Law and the Jury: A Reassessment » (2008) 53:2 RD McGill 199 à la p 209; Paul J Saguil, « Improving Wrongful Conviction Review: Lessons From a Comparative Analysis of Continental Criminal Procedure » (2007) 45:1 Alta L Rev 117 aux pp 122–23.

235. Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 à la p 89. Par ailleurs, les restrictions en matière d'appel sont aussi fonction des exclusions de la preuve (il sera difficile de réunir un nouveau jury qui, par l'intermédiaire d'un média quelconque, n'aura pas eu connaissance de preuves dont le premier jury n'avait rien su) et de la grande réticence des juges d'appel à interférer avec l'évaluation du fait par le jury (voir *supra* note 234).

236. Les délais pour faire appel sont courts de toute façon : Sprack, *supra* note 44 à la p 433; au Québec par exemple, il est de 30 jours (Desjardins, *supra* note 234 au n^o 111). L'admissibilité de nouvelles preuves en appel est discrétionnaire en Angleterre, et elle repose de toute façon non sur une appréciation *de novo* de la culpabilité ou de l'innocence, mais sur le caractère « *unsafe* » de la première condamnation, à la lumière des nouvelles preuves admissibles; par suite, le succès de tels appels est extrêmement rare : Sprack, *supra* note 44 à la p 440; Padfield et Bild, *supra* note 96 à la p 448. Une réticence identique s'exprime au Canada, où la Cour d'appel a certes un pouvoir actif dans l'intérêt de la justice pour ordonner la production de ce qui est utile, mais seulement dans des circonstances exceptionnelles (on ne pouvait obtenir la preuve avant, la preuve est pertinente et porte sur une question décisive, elle est crédible et pourrait avoir eu une incidence sur le verdict), sinon cela porterait atteinte à la finalité de la procédure : art 683(1) C. cr. et *R v McMartin*, [1964] SCR 484, 1964 CanLII 43; *R v Shafia*, 2016 ONCA 812 aux para 174–76, 341 CCC (3d) 354; Desjardins, *supra* note 234 aux n^{os} 226–255.

237. *Supra* à la partie II.A.2.b.i *in fine*.

personne condamnée à tort pourra faire anéantir formellement sa condamnation au moyen d'un appel devant la Cour d'appel anglaise²³⁸. Le pardon absolu canadien est plus étendu dans son effet, car la personne est alors « réputée n'avoir jamais commis l'infraction », à tout le moins pour le futur²³⁹, et n'a pas à retourner devant une cour, mais la demande de révision auprès du ministre de la Justice, par contre, implique une enquête et une nouvelle phase judiciaire de jugement²⁴⁰. Le fait même que de telles procédures extraordinaires doivent être utilisées renforce en pratique la presque intangibilité de la vérité née du verdict face à l'innocence « nue » révélée tardivement par de nouvelles preuves²⁴¹.

C. Une motivation antithétique?

Si la vérité issue de l'épreuve, par jury ou par ordalie, est de la nature d'un « devoir être » qui n'est pas inféodé à la réalité concrète des faits passés, et que ce n'est pas le juge qui la produit directement, mais qu'il se contente de veiller à ce que les rites procéduraux susceptibles de la produire soient respectés, quel regard porter sur une quelconque exigence de motivation des verdicts contemporains?

L'ordalie entendue comme une épreuve emporte la décision à elle seule, mais une fois transposée dans un jugement, celui-ci ne peut qu'être extrêmement sommaire quant à la reconstruction des faits passés. D'où l'incompatibilité naturelle entre le jugement sur la culpabilité reposant sur une ordalie et une quelconque exigence de motivation. Comme l'exprime Robert Jacob, « destinée à faire la décision, elle n'est rien moins qu'un jugement motivé. Elle ne peut être détaillée ni analytique »²⁴². Car « lorsque la parole décisive est pleinement efficace,

238. Sprack, *supra* note 44 à la p 449.

239. Art 748(3) C.cr. et *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35 au para 114, [2001] 2 RCS 3; Vaclair et Desjardins, *supra* note 110 aux n^{os} 3271–3272. La vérité est ainsi reconstruite pour le futur (la personne pardonnée est « par la suite réputée n'avoir jamais commis l'infraction »), et ce pardon peut être du reste accordé par compassion à quelqu'un dont la culpabilité n'est pas mise en doute.

240. Art 696(1) à (6) C.cr. (depuis 2002); pour un exemple, voir *R v Truscott*, (2006) 210 CCC (3d) 91, 2006 CanLII 19934 (ON CA), et en général Reem Zaia, « On Pardons and Miscarriages of Justice: Extracting and Dissecting Institutional Bias From the Conviction Review Framework in Canada » (2016) 49:2 UBC L Rev 835 aux pp 843–47; Vaclair et Desjardins, *supra* note 110 aux n^{os} 3267–3269.

241. Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 aux pp 91–93.

242. Jacob, *supra* note 11 à la p 57.

elle exclut par elle-même l'analyse de son contenu»²⁴³. Par suite, le jugement de condamnation ou d'acquiescement reposant sur une ordalie n'est pas nécessairement dénué d'ambiguïté quant aux faits et à leur qualification, quant aux causes possibles de justification, etc. Ce « dessous des cartes » n'apparaît que rarement et partiellement, à la faveur d'une seconde procédure étatique qui revisite l'ensemble de la procédure passée²⁴⁴ — donc, à travers ce que nous considérons comme un appel. À cet égard, le constat est identique à l'égard d'un verdict de non-culpabilité émanant d'un jury : on ignore si les jurés ont estimé que la conduite de l'accusé était justifiée au regard de valeurs sociales prépondérantes, ou si, par exemple, ils considéraient la qualification de meurtre comme étant inadéquate dans les circonstances²⁴⁵.

Ainsi que nous l'avons montré au fil des pages qui précèdent, le jury appelé à remplacer le jugement de Dieu en matière pénale a hérité de certains traits caractéristiques de l'ordalie, qui permettent de mieux comprendre la persistance de la culture juridique de common law quant à l'absence de motivation du verdict.

En premier lieu, la vision contractuelle (sur le plan de l'autonomie de la volonté et de la possible renonciation par l'accusé à ses droits et libertés individuels) du procès pénal en common law peut aussi se traduire par une acceptation de l'ensemble des « règles du jeu » procédural par les acteurs, intervention du jury comprise. En plaçant coupable, l'accusé est en mesure d'échapper à la procédure par jury s'il en désapprouve les « conditions générales », et notamment le fait que le verdict ne sera pas motivé.

En deuxième lieu, la « justice-spectacle » que figurent le jugement de Dieu et le procès par jury débouche dans les deux cas sur une « boîte noire »²⁴⁶ au niveau de la réflexion finale conduisant directement à la prise de décision, et donc sur les raisons de celle-ci. Dans cette boîte noire cependant, certains éléments d'explication ne seraient de toute façon pas appelés à figurer dans une motivation en droit : il s'agit des valeurs sociales dont le jury est le représentant actif au sein de la procédure pénale et qui éclairent son application de façon plus ou moins directe des principes juridiques aux faits de l'espèce. Nous avons observé que la possibilité de nullification par le jury, dans

243. *Ibid* à la p 59. L'efficacité découle évidemment du respect de la procédure.

244. *Ibid* aux pp 58–59.

245. Jackson, *supra* note 2 aux pp 509–10 et n 133.

246. *Supra* note 62.

Le sens d'un acquittement en dépit de la lettre de la règle générale applicable qui commanderait une condamnation, est directement liée au fait que les jurés se fondent aussi sur des valeurs sociales; si l'on admet que ce rôle exceptionnel de nullification/mitigation est important, notamment au regard du temps de réactivité de la loi pénale par rapport à l'évolution de la société, il s'appuie nécessairement sur le secret du délibéré et son corollaire, la non-motivation du verdict²⁴⁷. Par ailleurs, contrairement à ce qui se passait avant les réformes du XVIII^e siècle, le jury n'est plus le maître du fait et du droit confondus : les contours jusque-là assez souples de la preuve et de la procédure (en ce comprise la technique du contre-interrogatoire) se sont cristallisés en règles de droit précises et contraignantes, dont le juge est chargé de garantir le respect au fil de décisions interlocutoires de « petite justice », sous peine d'appel. Cet écheveau de règles est donc soustrait à l'empire de la réflexion du jury et de la « boîte noire » de sa délibération; le jury ne connaît que des preuves jugées admissibles au terme d'un débat public dont il est exclu. La taille de la « boîte noire » en est réduite d'autant²⁴⁸.

En troisième lieu, s'il n'est pas question de demander à Dieu les motifs de l'échec ou de la réussite d'une ordalie, c'est en raison de son omniscience : le résultat est nécessairement juste, se passe d'explications et ne peut être discuté (on voit ici le lien direct unissant motivation et appel). Le jury de jugement a hérité de cette présomption d'omniscience, mais de façon atténuée : composé d'êtres humains par nature faillibles, son verdict ne peut être remis en cause que dans des cas extrêmes et pour des motifs autres que ceux relatifs à la procédure externe à sa délibération (et donc supervisée par le juge au fil de décisions interlocutoires), par exemple, lorsque l'inconduite du jury est à ce point visible qu'elle met en péril l'effectivité du rite procédural et rend celui-ci impropre à produire la vérité judiciaire dans les conditions prescrites. On pourrait citer en exemple le cas où on apprend que des membres du jury ont tenté, le soir à l'hôtel où ils étaient logés, de faire tourner une table afin d'interroger l'esprit de la victime sur l'identité de son assassin²⁴⁹. À cet égard, le délibéré et le verdict qui en est issu participent de la nature sacramentelle de la procédure et se révèlent efficaces par eux-mêmes, en dépit de l'existence d'irrégularités mises

247. Jackson, *supra* note 2 aux pp 515–17; Hreno, *supra* note 2 aux pp 373–77.

248. Jackson, *supra* note 2 aux pp 492–93.

249. *R v Young*, [1995] 2 Cr App R 379.

au jour par la suite, par exemple si l'on découvre après qu'un juré était sourd et n'a pas pu entendre la moitié des témoignages présentés en cour²⁵⁰. L'extrême difficulté de prouver une telle irrégularité souligne d'ailleurs la tension qui existe entre l'affirmation de la dimension sacramentelle de la procédure, qui inclut le secret du délibéré (qui représente en quelque sorte l'autre face de la pièce de la non-motivation), et la nécessité de sanctionner les manquements invalidant celle-ci²⁵¹. Du reste, la consultation spirite entreprise par les jurés dans *Young* n'a pu conduire à un appel victorieux contre le verdict de condamnation que parce qu'elle avait eu lieu à l'hôtel où logeaient les jurés et non pas en cour, où elle aurait été couverte par le secret du délibéré²⁵². Et il est intéressant de relever ici que la nature sacramentelle du verdict est partagée par le plaidoyer de culpabilité qui fait échec à l'intervention du jury : même s'il s'avère par la suite que l'accusé était innocent, le *plea* demeure valable pour autant qu'il ait respecté les conditions formelles énoncées par la common law au moment où il a été émis²⁵³.

En fin de compte, c'est la nature sacrée de la procédure de common law, perçue comme une « religion à côté des religions », et en particulier de la technique du contre-interrogatoire, proclamée par ses adeptes comme la meilleure façon de faire jaillir la vérité, qui dispensent le verdict de toute motivation : lorsque le rite a été respecté, il ne peut que conduire à l'émergence de la vérité. Et le rôle du juge, « prêtre en acte » de l'épreuve du *trial*, est ici primordial, y compris dans ses propres relations avec le jury qu'il ne doit pas paraître influencer indûment. La nature de cette vérité, qui relève de la reconstruction assumée par le droit des faits passés (un devoir être) plutôt que d'une recherche

250. *R v Chapman*, (1976) 63 Cr App R 75, cité par Sprack, *supra* note 44 aux pp 262–63.

251. Voir Benjamin L Berger, « Criminal Appeals as Jury Control: An Anglo-Canadian Perspective on the Rise of Criminal Appeals » (2005) 10:1 Can Crim L Rev 1, mais aussi Hreno, *supra* note 2 aux pp 364–73, et Jackson, *supra* note 2 aux pp 483 et 496.

252. Voir Jackson, *ibid* aux pp 498 et 522, et au même effet Spencer, *supra* note 2 à la p 6. Les irrégularités externes, comme le fait qu'un juré téléphone à l'extérieur pendant la délibération, que le jury se sépare pendant celle-ci, ou que le personnel du tribunal y soit présent à certains moments, sont en effet aisément sanctionnables : les règles du jeu n'ont alors pas été respectées (*R c Martin*, 2015 NBCA 40, 438 NBR (2d) 17). À l'interne toutefois, les jurés eux-mêmes peuvent faire appel au juge pendant la délibération lorsque l'un d'eux leur paraît inapte à participer à la discussion, par exemple parce qu'il allègue des pouvoirs paranormaux pour discerner la culpabilité ; il appartient alors au magistrat d'interroger les jurés afin de déterminer l'ampleur du problème et de récuser le juré le cas échéant : *R v Sophonow (No 2)*, [1986] 2 WWR 481, 1986 CanLII 104 (MB CA).

253. *R v Hanemaayer*, 2008 ONCA 580 au para 17, 239 OAC 241, mis en exergue à ce titre par Jodouin et Sylvestre, *supra* note 108 à la p 576.

minutieuse aspirant à « coller » à la réalité factuelle et à la décrire objectivement (un avoir été), renforce encore le caractère superflu d'une motivation du verdict dans la mesure où l'autorité issue du respect du rite procédural se communique à la vérité judiciaire produite en écho par le jury.

Enfin, le côté « adversarial » de la procédure pénale de common law et le « *combat effect* » poussant chaque partie à vouloir faire triompher sa vision des choses conduisent à un mode d'élaboration de la vérité judiciaire fondé sur l'antagonisme plutôt que sur la collaboration active²⁵⁴. Comme l'ordalie avant lui, dont l'efficacité consistait à réduire à néant la parole adverse, le jury est appelé à « trier » la bonne cause de la mauvaise et à faire prévaloir le récit qui lui est apparu comme le plus convaincant au gré d'un cadre procédural et probatoire très contraignant. La dynamique antagoniste de cette procédure quant à la version de l'accusation et de la défense polarise naturellement les témoignages au travers des contre-interrogatoires et aboutit à des versions souvent diamétralement opposées du « devoir être » qui devrait être retenu par le jury. Le verdict retiendra donc forcément un récit au détriment de l'autre, ce qui, d'un point de vue pratique, en rend la lecture assez claire en ce qui a trait aux arguments et aux preuves qui ont été plébiscités (ceux du camp qui l'a emporté) et de ceux qui ne l'ont pas été (ceux du camp qui a perdu)²⁵⁵. Cependant, comme la nuance tirée du standard de preuve du doute raisonnable profite à la défense, ce qui crée une « zone grise » élargissant l'empire du récit de l'accusé par rapport à celui de l'accusation, cela montre l'intérêt du troisième verdict possible de « non prouvé », disponible en Écosse : il désigne précisément cette zone neutre et déclare qu'aucune des deux thèses n'a triomphé²⁵⁶. En l'absence d'un tel verdict tiers toutefois, l'éclairage fourni par les directives du juge au jury avant que celui-ci se retire pour délibérer permet de mieux comprendre encore sur quoi les jurés se seraient appuyés pour trancher, élément qui a

254. Comme c'est le cas devant la Cour d'assises française par exemple, où les différentes parties ont plutôt tendance à participer à une œuvre collective d'élaboration de la vérité : Besnier, *supra* note 99 aux pp 18 et 21.

255. C'est l'argument de la majorité de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans *Lhermitte* : si l'accusée a été déclarée coupable, c'est forcément parce que le jury n'a pas été convaincu par la lettre de l'expert-psychiatre sur laquelle s'appuyait entre autres sa défense — même s'il ne l'a pas précisé (*Lhermitte*, *supra* note 5).

256. Peter Duff, « The Scottish Criminal Jury: A Very Peculiar Institution » dans Vidmar, dir, *supra* note 19, 249 aux pp 272–77, et Nadeau, *supra* note 93; Guan, *supra* note 93 au para 24; J W, *supra* note 93 au para 27.

d'ailleurs conduit la Cour européenne des droits de l'homme à considérer les verdicts anglais comme suffisamment motivés en leur état actuel au regard des exigences qu'elle déduit du droit de l'accusé à un procès équitable²⁵⁷.

CONCLUSION

Dans son état actuel, le droit anglais et canadien continue donc de préserver le secret des délibérations du jury et, à travers lui, l'absence de motivation des verdicts rendus²⁵⁸. De part et d'autre, la plus haute juridiction du pays a confirmé que ce secret est une condition essentielle du procès équitable et que les dispositions législatives qui l'imposent sont donc conformes aux normes constitutionnelles ou internationales qui consacrent le droit à un tel procès²⁵⁹. Plus encore, au Canada, le secret du délibéré est également considéré comme une condition indispensable pour bénéficier du jury criminel indépendant garanti par l'article 11(f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁶⁰.

Les raisons « classiques » que fournissent les cours à l'appui du secret des délibérations du jury sont essentiellement d'ordre pragmatique, allant de l'indépendance des jurés par rapport aux pressions extérieures et la protection de leur vie privée²⁶¹ au fait que le secret favorise une discussion sans entrave et donc un plus grand consensus au sein du jury²⁶², en passant par la préservation de l'autorité du verdict et la

257. *Taxquet*, *supra* note 4 et aussi Jackson, *supra* note 2 à la p 510.

258. En Angleterre, il s'agit à présent du *Juries Act 1974* (R-U), *supra* note 5, arts 20D à 20G, qui fait de la divulgation par un juré de ce qui s'est passé pendant la délibération à un tiers une infraction criminelle passible de deux ans de prison ou d'une amende. Ces nouvelles dispositions, introduites par le *Criminal Justice and Courts Act 2015*, c 2, art 74, prennent le relais de la common law traditionnelle et du classique art 8 du *Contempt of Court Act 1981*, *supra* note 5, qui ne concerne plus désormais que l'Irlande du Nord et l'Écosse. Au Canada, la disposition législative pertinente demeure l'art 649 C.c., qui s'appuie sur la même règle de common law quant à la confidentialité du délibéré : *Pan Sawyer*, *supra* note 6 au para 38 et Hreno, *supra* note 2 à la p 372.

259. Pour l'Angleterre, voir en particulier *Connor v Mirza*, [2004] 1 All ER 925 (HL Eng) par rapport au droit à un procès équitable garanti dans l'art 6 CEDH et du *Human Rights Act 1998*, Schedule 1, c 42, et Sprack, *supra* note 44 aux pp 310–11. Pour le Canada, voir *Pan Sawyer*, *supra* note 6 au para 38 par rapport à l'art 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et aussi Caughlan, *supra* note 170 aux pp 422–24.

260. *Pan Sawyer*, *supra* note 6 au para 38.

261. *Ibid* aux para 50 et 52.

262. Voir *ibid* et en général Hreno, *supra* note 2 aux pp 372–73. Cet idéal de modèle coordonné (plutôt que hiérarchique) rejoint celui de Damaska (*supra* note 61).

confiance du public dans l'institution du jury²⁶³. Mais il est intéressant de constater que ces justifications peuvent changer avec le temps en cas de nécessité. En effet, la règle originelle de common law à l'appui du secret du délibéré trouverait sa première formulation dans *Vaise v Delaval* en 1785, par la voix de Lord Mansfield²⁶⁴. Elle fut alors motivée par référence à l'interdiction de l'auto-incrimination, car une telle violation par un juré de son serment équivalait à une infraction pénale extrêmement sérieuse, et un témoignage à cet effet aurait donc été irrecevable. Travis Hreno relève qu'en 2001, lorsque la Cour suprême du Canada discute de nouveau cette question, elle doit produire d'autres raisons en faveur du secret, car l'ancienne justification n'a plus cours (le délit n'est plus assorti d'une sanction aussi sévère), sans que la règle elle-même soit remise en question ou fragilisée pour autant²⁶⁵. En définitive, la relative plasticité des raisons fournies au soutien du secret des délibérations du jury (et de la non-motivation des verdicts qui en découle) donne à penser que l'adhésion à la règle du silence est affaire de culture juridique et de continuité historique plutôt que de rationalité pratique ou de réflexion théorique sur la procédure pénale. En Angleterre comme au Canada, loin des tensions que l'on observe sur le continent européen à la suite de l'interventionnisme de la Cour européenne des droits de l'homme, l'opposition entre le droit au procès équitable et la réalité d'une tradition historique où le jury a remplacé l'ordalie pour décider en matière pénale n'a pas eu lieu²⁶⁶. Bien au contraire, les verdicts non motivés et le secret des délibérations sont perçus, à travers le prisme de l'indépendance du jury, comme l'indispensable cheville ouvrière du procès équitable lui-même. Le rapprochement entre le jugement de Dieu et l'institution qui lui a succédé rappelle que le droit influence le réel non seulement au moyen de la procédure, mais aussi de traditions et de rites qui la sous-tendent et lui confèrent son efficacité pratique et symbolique²⁶⁷. Pour de multiples raisons, exprimées ou non par les acteurs du procès pénal de common law, la non-motivation des verdicts fait partie de la « matrice »²⁶⁸ du jury anglo-canadien, comme elle participait déjà de

263. Jackson, *supra* note 2 aux pp 494–95, et *R v Bean*, [1991] Crim L Rev 843.

264. 1 TR 11; 99 ER 944 (KB), adoptée au Canada dans *Danis v Saumure*, [1956] SCR 403, 1956 CanLII 9 (bien qu'au sujet d'un jury civil et non criminel).

265. Hreno, *supra* note 2 à la p 372, et *Pan Sawyer*, *supra* note 6 aux para 50 et 52.

266. Voir la discussion dans Garapon et Papadopoulos, *supra* note 3 aux pp 301–02.

267. *Ibid* à la p 301.

268. *Ibid* pour cette image qu'il applique aux intrusions de la Cour européenne des droits de l'homme sous la bannière du procès équitable.

l'essence des ordalies médiévales que le jury remplace au XIII^e siècle. Utiliser le droit à un procès équitable pour forcer la motivation des verdicts ferait alors de celui-ci un « dissolvant de culture nationale »²⁶⁹ en le privant de son contexte, un déséquilibre qu'ont su éviter les juges anglais et canadiens en considérant la non-motivation et le secret du délibéré du jury comme des ingrédients vitaux du procès équitable de common law lui-même²⁷⁰.

269. *Ibid* à la p 302, par référence à d'autres institutions emblématiques de la culture juridique française, comme le Commissaire du gouvernement au Conseil d'État et l'avocat général près de la Cour de cassation, dont la participation aux débats de ces cours a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'art 6 CEDH au nom d'une conception aussi étendue que formelle du procès équitable.

270. Pour la promotion décontextualisée d'une conception formelle du procès équitable semblable à celle prônée par la Cour européenne des droits de l'homme au Canada, voir Lippke, *supra* note 2 à la p 318.