

DES ERREURS INÉVITABLES : LE PRINCIPE DE LA PRÉPONDÉRANCE DE LA PREUVE EN MATIÈRE CIVILE

James Brook and Cynthia Conner

Volume 15, Number 1, 1984

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1109384ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19722>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Brook, J. & Conner, C. (1984). DES ERREURS INÉVITABLES : LE PRINCIPE DE LA PRÉPONDÉRANCE DE LA PREUVE EN MATIÈRE CIVILE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 15(1), 79–112. <https://doi.org/10.17118/11143/19722>

DES ERREURS INÉVITABLES: LE PRINCIPE DE LA PRÉPONDÉRANCE DE LA PREUVE EN MATIÈRE CIVILE*

par James BROOK**
traduit par Cynthia CONNER***

SOMMAIRE

I. INTRODUCTION	80
II. L'APPROCHE DE LA THÉORIE DES PROBABILITÉS ..	81
III. DEUX ARRÊTS	88
IV. "CROYANCE RÉELLE EN LA VÉRITÉ D'UNE DÉCLARATION"	91
V. LA PREUVE PUREMENT STATISTIQUE	98
VI. UNE RÉPARTITION "ÉGALE" DES ERREURS?	109
VII. CONCLUSION	111

* La version originale de cet article a été publiée en anglais dans (1982) 18 *Tulsa L.J.* 79.

** Professeur agrégé, Faculté de droit de New-York.

*** B.A., LL.L., membre du Barreau du Québec.

I. INTRODUCTION

Une fois un procès débuté, notre système juridique doit trancher les questions de fait essentielles à la cause. Notre société accepte le fait qu'une décision est nécessaire même s'il existe, au moment de la prise de cette décision, d'importants doutes quant à sa justesse. Le juge n'a pas l'option de refuser de trancher le litige ou d'exiger une preuve additionnelle ou de meilleure qualité, option qui comporterait des attrait certains dans bien des cas. Dans un système où les faits sont jugés par des hommes et femmes faillibles (contrairement au "procès par épreuve" qui fait appel à l'assistance divine), il est reconnu que des erreurs peuvent se produire même dans les meilleures circonstances. Que ces erreurs se produisent est peut-être inévitable; c'est aussi très troublant.

Les règles gouvernant le déroulement des procès peuvent être évaluées en fonction du nombre d'erreurs pouvant découler de leur mise en application. La seule règle qui garantirait l'absence d'erreurs au procès serait celle interdisant tout procès. Dans tout autre cas, le choix des règles de preuve et de procédure influence et est influencé par des opinions (qui ne sont pas toujours conscientes) quant au nombre et à la nature d'erreurs qui résulteraient de la mise en application d'une règle particulière. Une question distincte, mais pertinente, explore les liens entre le degré et la distribution d'erreurs et les autres valeurs de la société.

Cet article examinera une règle gouvernant le déroulement du procès civil: celle du fardeau de preuve, et de l'obligation de convaincre qui s'impose aux parties¹. De façon générale, la partie sur qui repose l'obligation de convaincre doit, pour gagner sa cause, faire valoir son droit "par une prépondérance de la preuve" offerte lors du procès². Qu'est-ce que ceci signifie lorsque le fardeau est assumé, par exemple, par le demandeur? À première vue, cette question ne paraît pas particulièrement difficile: la règle semble indiquer tout simplement que la preuve sera "pesée", et cette procédure n'est pas plus subtile que les notions exprimées par des idées telles la "règle de la majorité" ou "que le meilleur l'emporte". D'aucuns croient que le

1. Au sujet de "l'obligation de convaincre" en tant que composante de ce qu'on appelle communément "le fardeau de la preuve", cf. JAMES, "Burdens of Proof", (1961) 47 *Va. L. Rev.* 51. "L'obligation de convaincre" réfère à la nécessité pour la partie sur qui repose ce fardeau de convaincre le juge de la véracité de ses prétentions au moment de la prise de décision.

2. *McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, SS. 339, p. 793 (2d éd., 1972).

principe n'est décisif que dans les rares cas où les versions offertes par les parties ont, aux yeux du juge, une force probante d'égale valeur³.

Quoi que nous dise le bon sens, le sens de ce principe tel qu'élaboré par de nombreux jugements et opinions doctrinales et ce qu'il indique quant à la manière dont devrait se dérouler un procès, sont loin d'être simples. Ayant saisi la complexité du principe, on n'est point surpris d'apprendre qu'un sondage de jurés en 1937 a révélé que la règle de droit provoquant les plus grandes difficultés de compréhension était celle de la prépondérance de la preuve⁴.

La partie II de cet article exposera une approche particulière à l'étude du principe de la prépondérance de la preuve, qui fait appel à la théorie fondamentale des probabilités. Bien que cette approche soit basée sur la théorie des probabilités, son élaboration ne requiert que l'utilisation de simples notions mathématiques; elle n'est ni hautement théorique ni trop abstraite. La compréhension du modèle n'exige aucune sophistication mathématique, et de fait il a été adopté sans difficulté par nombreuses cours de justice⁵. Cette approche a l'attrait d'offrir des résultats qui justifient son utilisation, car celle-ci réduit au minimum les décisions erronées. Les critiques contemporaines de cette approche seront ensuite discutées, en même temps que les solutions de rechange qu'elles offrent. En examinant ces solutions de rechange, une question devrait être gardée à l'esprit: offrent-elles des raisons convaincantes d'abandonner une approche qui prétend pouvoir minimiser les erreurs?

II. L'APPROCHE DE LA THÉORIE DES PROBABILITÉS

Pour les fins de cet article (et dans le but de mieux gérer la discussion), imaginons que l'aboutissement d'une cause donnée ne dépend plus que de la résolution d'une seule question de fait liti-

3. Voir WINTER, "The Jury and the Risk of Nonpersuasion", (1971) 5 *Law & Soc'y Rev.* 335, 339.

4. CONFERENCE REPORT, "Trial by Jury", (1937) 11 *U. Cin. L. Rev.* 119, 192, n. 18. Bien que le rapport n'indique pas la teneur des instructions données au jury, on serait tenté de croire que l'instruction faisait référence à une notion semblable à l'exigence de la "croyance actuelle" discutée *infra*, notes 29-47. Le traité classique de McCormick, après avoir examiné la confusion qui entoure cette expression, conclut qu'à défaut d'une instruction-type à donner au jury, "trial judges would be wise to search for the locally accepted phraseology and adhere to it religiously", McCormick, *op. cit.*, note 2, SS. 339, p. 796.

5. Voir McCormick, *op. cit.*, note 2, causes citées à la page 794, n. 56.

gieuse, X⁶. Pour avoir gain de cause, le demandeur doit exécuter son obligation de convaincre que X est vrai. Autrement dit, il devrait y avoir davantage de preuve démontrant que X est vrai que de preuve tendant à établir le contraire. Le principe ne requiert pas davantage de preuves en termes *quantitatifs* (ex. nombre de pages de notes ou de témoins, etc.). Le "degré" de preuve représente plutôt une exigence qualitative, évaluée en fonction de sa capacité de convaincre. Le principe se traduit en l'exigence que la totalité de la preuve offerte rende plus probable que X soit vrai que faux.

Les déclarations basées sur la probabilité se prêtent à une explication et à une quantification basées sur la théorie des probabilités. Il est possible de quantifier la possibilité qu'une déclaration soit vraie par l'expression que la probabilité qu'elle soit vraie égale un chiffre précis. Le chiffre attribué doit être entre zéro et un; plus la possibilité est grande, plus le chiffre est haut: si la probabilité est égale à un, la déclaration est définitivement vraie. Dire que la déclaration "X est vrai" est plus probable que la déclaration "X est faux" signifie tout simplement que la probabilité que la déclaration "X est vrai" elle-même soit vraie est plus grande que celle de "X est faux". En d'autres mots, on peut dire que la probabilité de X (identifiée comme P (X)) est plus grande que la probabilité de pas-X.

Un autre axiome fondamental du calcul probabilistique peut maintenant être introduit. L'on peut dire que deux déclarations sont mutuellement exclusives lorsqu'elles ne peuvent être vraies toutes les deux. Suivant toutes les définitions traditionnelles de la probabilité, la probabilité que *l'une* de ces deux déclarations soit vraie est égale à la somme de leurs probabilités individuelles. Donc, si A et B sont mutuellement exclusifs, il s'ensuit que:

$$P(A \text{ ou } B) = P(A) + P(B)$$

Dans le cas mentionné ci-haut, les faits exprimés par X et pas-X s'excluent mutuellement puisqu'une déclaration ne peut être simultanément vraie et fausse. De plus, P(X ou pas-X) doit être égale à un, X devant être ou bien vrai ou faux. Il s'ensuit que:

$$1 = P(X) + P(\text{pas-X})$$

6. Même en se servant de cette présomption qui est clairement artificielle, le problème est fort difficile. Toute une autre gamme de problèmes doit être confrontée si la question est élargie pour y inclure des situations beaucoup plus réalistes, où le résultat de la cause dépend de l'interrelation de plusieurs hypothèses et des propositions basées sur d'autres propositions. Voir SCHUM, "Book Review", (1979) 77 *Mich. L. Rev.* 446; WAGNER, "Book Review", (1979) *Duke L.J.* 1071.

Il découle de cette équation qu'une déclaration à l'effet que X est plus probable que pas-X revient à dire que $P(X)$ est plus grande que .5.

En appliquant cette déduction, le fardeau du demandeur peut maintenant être décrit comme l'obligation de démontrer que $P(X)$ est supérieur à .5. Cette définition de la norme de la prépondérance de la preuve est souvent invoquée par les tribunaux⁷. Mais comment interpréter cette norme? Règle générale, on dit qu'une déclaration est ou bien vraie ou bien fausse. Quel sens peut-on donner à la probabilité de véracité d'une déclaration? Suivant l'interprétation la plus souvent invoquée, la probabilité se définit en fonction de la fréquence relative, ou le nombre de fois qu'une déclaration serait vraie suite à de nombreuses expériences répétées. Par exemple, la probabilité que la face "quatre" d'un dé se montre après un seul lancer est égale à un-sixième, parce que l'on croit que si le dé est lancé à de nombreuses reprises, la face quatre reviendra une fois sur six. De la même manière, on peut établir à un-huitième la probabilité qu'un étudiant en droit, choisi au hasard, soit gaucher, puisque sur de nombreux choix au hasard, l'on trouverait (hypothétiquement) un étudiant sur huit ayant cette caractéristique. On pourrait arriver à la même conclusion à partir du fait qu'un huitième de tous les étudiants en droit seraient gauchers, en autant que la sélection se fasse au hasard à chaque reprise⁸.

Un argument parfois soulevé en opposition à l'application simple de la théorie des probabilités aux problèmes juridiques est basé sur l'idée erronée que des expressions de probabilité n'ont de valeur que si elles réfèrent à un événement futur. De façon générale, la recherche des faits dans notre système juridique se tourne vers ce qui s'est déjà passé, et certains croient que la théorie des probabilités est impertinente dans de telles circonstances. La Cour d'Appel de New York a déjà donné son appui à cet argument lorsqu'elle a refusé le dépôt d'une preuve probabiliste relative à un événement passé, pour le motif que "(t)he fact to be established in this case was not the probability of a future event, but whether an occurrence asserted by the people to have happened had actually taken place"⁹.

7. Voir *supra*, note 5.

8. Pour une étude plus approfondie de la notion de la probabilité basée sur la fréquence relative et de l'approche "subjectiviste" qui suit *infra*, notes 11-15, voir CULLISON, "Probability Analysis of Judicial Fact-Finding: A Preliminary Outline of the Subjective Approach", (1969) *U. Tol. L. Rev.* 538, 538-63.

9. *People v. Risley*, 214 N.Y. 75, 86, 108 N.E. 200, 203 (1915). Cette cause est

Toutefois, ce rejet de l'application des notions de probabilité aux événements passés mais incertains ne résiste pas à l'étude approfondie, et les auteurs contemporains sont d'accord pour dire que l'argument ne devrait pas constituer un obstacle à l'utilisation des analyses de probabilité lors d'un procès¹⁰. La probabilité qu'un dé, déjà lancé mais non encore vu, indique la face quatre est la même que celle qu'un "quatre" soit indiqué lors du prochain lancer. De la même manière, la probabilité qu'un étudiant en droit, déjà choisi au hasard, soit gaucher est égale à celle qu'un étudiant à être choisi au hasard ait cette même caractéristique.

Un problème plus sérieux de mise en application de cette notion de fréquence relative lors d'un procès découle du fait que, contrairement aux exemples cités ci-haut, il est difficile, voire impossible, de conceptualiser un grand nombre de procès identiques. Il est possible de concevoir un grand nombre d'expériences identiques qui consistent à lancer un dé ou à choisir un étudiant au hasard. Cependant, il est peu intelligible de référer à la proportion des fois que X serait vrai dans un grand nombre de procès identiques impliquant les mêmes parties dans le même scénario. Le processus juridique implique l'étude des événements qui sont non seulement *de fait* unique (chaque lancer d'un dé est, de fait, unique), mais aussi *conceptuellement* uniques; il paraît donc bizarre d'y appliquer les notions de fréquence relative.

Dans de telles circonstances, une deuxième interprétation de la théorie des probabilités, distincte de celle qui fait appel à la notion de fréquence relative, apparaît plus appropriée¹¹. L'expression de probabilités "subjectives" ou "personnelles" découle de l'idée que les déclarations faites par un individu (telles " $P(X) = C$ ", où C représente un chiffre entre 0 et 1) reflètent le degré de croyance de l'interlocuteur en la véracité de X. Cette croyance se reflète, à son tour, dans la volonté de l'individu de parier sur la proposition, ou dans sa réaction

discutée in TRIBE, "Trial By Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process", (1971) 84 *Harv. L. Rev.* 1329, 1344-45.

10. M. FINKELSTEIN, *Quantitative Methods in Law*, (1978) 62-63; TRIBE, *loc. cit.*, note 9, 1344-45.

11. IVERSEN, "Operationalizing the Concept of Probability in Legal-Social Science Research", (1971) 5 *Law & Soc'y Rev.* 331; KAPLAN, "Decision Theory and the Factfinding Process", (1968) 20 *Stan. L. Rev.* 1065, 1066-67. Bien que l'idée de base qui sous-tend la probabilité subjective existe depuis fort longtemps, l'élaboration plus étoffée de cette notion est relativement récente, datant des années '20. Voir KAYE, "The Laws of Probability and the Law of the Land", (1979) 47 *U. Chi. L. Rev.* 34, 42, n. 31.

à différents paris qui lui sont offerts. Ainsi, une personne à qui on offre un pari à cinq contre un qu'une déclaration soit fausse, et qui est indifférente quant au côté du pari à choisir, aurait une probabilité subjective d'un-sixième que la déclaration soit vraie. Si la personne favorise le moins l'un ou l'autre côté du pari offert, il aura une probabilité subjective qui est soit supérieure soit inférieure à un-sixième. Il existe différentes façons de formuler la théorie des probabilités subjectives, et chacune pourrait faire l'objet d'une étude plus élaborée que ce que nous vous présentons ici. Pour les fins de cet article, il suffit de dire qu'un juge démontre une probabilité subjective supérieure à .5 que X soit vrai s'il choisissait de parier sur la véracité de X dans un pari égal¹².

Les probabilités subjectives dépendent, bien entendu, de l'individu qui énonce la probabilité. Toutefois, il est possible de démontrer que tout le monde obéit aux règles conventionnelles de la théorie des probabilités, en autant qu'on postule que le sujet se comporte de manière rationnelle (maximisation de l'utilité ou des profits). La personne qui prend la décision doit être conséquente dans son évaluation des probabilités, et celles qu'elle attribue à X et pas-X devront respecter la règle:

$$P(X) + P(\text{pas-X}) = 1$$

Si ces exigences ne sont *pas* rencontrées, un choix judicieux de paris contre cette personne la transformera en une source continue d'argent pour son adversaire¹³. On peut aussi croire, bien que ceci soit moins évident, que celui qui prend des décisions sur des bases subjectives deviendra plus "objectif" à chaque fois qu'une évaluation des

12. Il faut souligner, dans l'élaboration de cette notion, que l'individu *doit* choisir un côté ou l'autre; il ne peut s'abstenir de parier. Cette exigence deviendra importante lorsque la notion sera appliquée au processus judiciaire.

S'il apparaît exagéré d'exiger qu'on parie, même au sens métaphorique, alors une élaboration plus rigoureuse de l'interprétation subjective éviterait le problème. En effet, il est possible de faire en sorte que, quel que soit le choix effectué, l'individu n'en sort jamais perdant. On pourrait lui demander s'il préfère la chance de gagner un merveilleux prix s'il s'avère que X est vrai, plutôt que la chance de gagner le même prix s'il s'avère que X est faux. Dans de telles circonstances, il n'y aurait aucune raison de ne pas se prononcer en faisant de son mieux.

Considérons l'exemple suivant d'une déclaration de probabilité faite dans un contexte non légal et qui n'a de sens que si elle est interprétée subjectivement; "Je dirais qu'il y a une probabilité de 5% que les Expos se rendent à la Série Mondiale cette année".

13. KAYE, *loc. cit.*, note 11, 43, n. 32.

probabilités fondée sur la fréquence relative lui est offerte. Donc, on peut s'attendre à ce que le preneur de décision donne une probabilité subjective d'un-sixième (ni plus, ni moins) à la possibilité qu'un lancer de dé indique la face quatre, s'il est rationnel ou, à tout le moins, digne de notre attention et respect¹⁴.

Cette façon de formuler le principe de la prépondérance de la preuve requiert que le juge ne tranche en faveur du demandeur que si la probabilité que sa version des faits en litige est vraie soit supérieure à .5. Il est nécessaire, et à propos ici, d'exiger une justification pour l'utilisation de cette règle décisionnelle en particulier et, de fait, pour l'utilisation de n'importe quelle règle sous la bannière de la "prépondérance de la preuve". Il est possible de soutenir que ce genre de règle, et de façon plus spécifique la norme de .5, sont inévitables. En choisissant un chiffre inférieur à .5, on donnerait de toute évidence gain de cause à la version la moins étayée; en choisissant un chiffre supérieur à .5 mais inférieur à 1.0 (puisque on ne peut exiger la certitude), on ferait une sélection "arbitraire" puisqu'il n'existe pas de démarcation naturelle ou évidente entre ces deux chiffres¹⁵.

D'autres décisions contentieuses sont prises conformément à des règles qui exigent une preuve "claire et convaincante" ou "hors de tout doute raisonnable". Ces normes requièrent toutes les deux une évaluation de probabilité supérieure à .5, et ce, même si le critère ne peut être quantifié de façon exacte. On pourrait prétendre que la raison pour laquelle le fardeau en matière civile est moins onéreux (i.e. plus facile à décharger) est que les décisions rendues dans ce domaine sont généralement moins importantes ou ont moins d'effet que celles rendues "en pénal", par exemple¹⁶. Cette explication ne semble guère convaincante alors que les causes civiles mettent régulièrement en jeu plusieurs millions de dollars.

L'utilisation du principe de la prépondérance de la preuve en matière civile se justifie plutôt parce qu'elle paraît placer les parties

14. *Id.*, 44, n. 35; TRIBE, *loc. cit.*, note 9, 1348. Bien entendu, une personne rationnelle aurait peut-être des motifs de croire qu'un dé, ou un lancer donné, soit truqué et que par conséquent, la probabilité d'un "quatre" n'est pas un-sixième. Il est donc très important d'insister sur le fait que le jeu n'est pas truqué. Le fait que le calcul de la probabilité puisse varier avec des informations additionnelles constitue un aspect de l'interprétation subjective et de celle basée sur la fréquence relative. Voir *infra*, note 57, pour une discussion du théorème de Bayes.

15. M. FINKELSTEIN, *loc. cit.*, note 10, 66.

16. Cf. *Jackson v. Delaware, L. & W.R. Co.*, 111 N.J.L. 487, 170 A. 22, 23-24 (1933).

au litige sur un pied d'égalité. L'application de tout autre principe aurait pour effet de traiter les parties de manière inégale, en imposant à l'une un fardeau non imposé à l'autre. Cette prétention (que la norme de la prépondérance de la preuve soit la seule équitable en matière civile) a beaucoup d'attraits sur le plan intuitif et ne semble avoir été mise en question que tout récemment¹⁷. Nous examinerons vers la fin de cet article une étude récente de ce sujet, qui laisse toutefois entendre que cette question d'"équité" est plus complexe que l'on ne penserait. Nous aborderons aussi la prétention du Professeur Finkelstein, à l'effet qu'en dépit de tous ses attraits, le principe de .5 n'accorde pas un traitement égal aux parties à un égard; en effet, il est possible que son application entraîne plus de décisions erronées contre une partie que contre l'autre.

Aujourd'hui, l'argument principal qui sert de justification au critère de ".5 ou mieux", à tout le moins dans les milieux académiques, n'est peut-être pas intuitivement apparent. Il est possible de démontrer que cette règle doit absolument être adoptée si notre objectif est de minimiser le nombre absolu d'erreurs qui découlent à long terme du processus décisionnel¹⁸. En supposant que le litige entre le demandeur et le défendeur n'implique que la véracité d'un seul fait, X, il s'ensuit que le nombre total de décisions erronées sera minimisé si l'on oblige le demandeur, pour gagner, à démontrer que la probabilité que X soit vrai excède, même le moindrement, .5. L'argument en faveur de l'adoption d'une telle norme est évident. En prenant pour acquis que l'inconvénient d'une décision erronée en matière civile est aussi important que la décision soit rendue contre le demandeur ou le défendeur¹⁹, la justification de la règle semble découler du plus simple calcul utilitariste²⁰.

17. M. FINKELSTEIN, *loc. cit.*, note 10, 65-66; WINTER, *loc. cit.*, note 3, 337.

18. BALL, "The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof", (1961) 14 *Vand. L. Rev.* 807, 822-23; CULLISON, *loc. cit.*, note 8, 569; LEMPERT, "Modeling Relevance", (1977) 75 *Mich. L. Rev.* 1021, 1033-34. Pour la preuve mathématique la plus générale, dans ce domaine, voir KAYE, "Book Review", (1980) 89 *Yale L.J.* 601, 605, n. 19.

19. Cette supposition semble inévitable, soit en raison des difficultés pratiques à obtenir d'autres chiffres dignes de confiance, soit en raison de la croyance que l'opinion contraire aurait pour effet d'introduire un élément de parti pris inacceptable dans le déroulement du procès. Voir M. FINKELSTEIN, *op. cit.*, note 10, 67; KAYE, "The Paradox of the Gatecrasher and Other Stories", (1979) *Ariz. St. L.J.* 101, 103; LEMPERT, *loc. cit.*, note 18, 1033-34. Voir KAPLAN, *loc. cit.*, note 11, at 1072.

20. Au sujet du calcul de l'utilité dans cette situation, voir KAYE, "Probability Theory Meets Res Ipsa Loquitur", (1979) 77 *Mich. L. Rev.* 1456, 1467, n. 43.

III. DEUX ARRÊTS

À ce stade-ci, notre longue analyse du principe de la prépondérance de la preuve, aboutissant à l'élaboration d'une norme de probabilité de ".5 ou plus", semble avoir exigé beaucoup d'efforts pour peu de résultats. On croirait sans peine qu'il s'agissait tout simplement de reformuler ce qui est évident, mais en des termes de probabilité qui, pour plusieurs, sont plus difficiles à comprendre. Le résultat de cette démarche peut paraître inattaquable, mais ceci n'est pas le cas. La norme de ".5 ou plus", comme opérationnalisation de la règle de la prépondérance de la preuve, est loin d'être universellement appliquée²¹, et elle a attiré de nombreuses critiques.

En guise d'introduction à ce débat, nous allons examiner deux arrêts jugés par le Supreme Judicial Court du Massachusetts dans les années 1940, arrêts qui ont mis en relief ce problème et qui aujourd'hui sont au centre de toute discussion sur le sujet. Les situations qui y sont présentées s'apparentent aux cas hypothétiques qu'il aurait fallu inventer pour les fins de la discussion s'ils n'avaient pas été déjà disponibles par ailleurs.

*Sargent v. Massachusetts Accident Co.*²² était une action instituée par le bénéficiaire d'une police d'assurance-accident, dont l'assuré était son fils, Upham Sargent, "a young man of twenty-one, financially comfortable, mentally well-balanced, vigorous, athletic, resourceful, courageous, a good swimmer, and of some experience in living in wild country without provisions"²³. Malgré ses attributs,

En fondant la décision sur l'utilité, on explique du même coup pourquoi le fardeau en matière pénale ("hors de tout doute raisonnable") est si différent de celui qui s'applique en matière civile. Ce n'est pas parce que les causes pénales sont "plus importantes" que les causes civiles; mais plutôt parce que les inconvénients des deux sortes d'erreurs différentes en matière pénale ne sont clairement pas identiques. L'inconvénient d'un verdict de culpabilité erroné est perçu comme étant beaucoup plus grand que l'inconvénient d'un acquittement erroné.

La plupart des auteurs justifient l'objectif de la minimisation d'erreurs par la maximisation de l'utilité; mais il n'est pas nécessaire d'être utilitariste pour voir l'attrait de la norme de "plus de .5". Quelle que soit la philosophie que l'on valorise, il semble que des décisions erronées doivent toujours être perçues comme non désirables et à éviter le plus souvent possible, *ceteris paribus*. Le problème alors est de déterminer les autres valeurs que la société aimerait opposer au grand attrait de la minimisation des erreurs.

21. "Some courts have boldly accepted this view". *McCormick, op. cit.*, note 2, 794.

22. 307 Mass. 246, 29 N.E. 2d 825 (1940).

23. *Id.*, 247, 29 N.E. (2d) 826.

Sargent n'est jamais revenu d'un voyage particulièrement aventurier, soit une tentative de naviguer en kayak sur les eaux dangereuses de la rivière Nottaway dans le Nord-ouest québécois. L'assuré avait été vu pour la dernière fois le 8 septembre 1934. Au cours des mois suivants, son aviron et une partie de son kayak avaient été retrouvés, mais aucun autre indice quant au sort d'Upham Sargent ne fut découvert. Les termes de la police d'assurance sur laquelle la réclamation était fondée ne couvraient que la mort résultant uniquement d'un accident. L'issue de la cause dépendait donc du succès du demandeur dans ses efforts d'établir, par une prépondérance de la preuve (qui incluait les faits mentionnés ci-haut ainsi que des informations confirmant la nature téméraire de l'expédition), que l'assuré est mort à la suite d'un accident tel que requis par la police d'assurance.

Le tribunal de première instance a donné un verdict dirigé en faveur de la compagnie d'assurance-défenderesse²⁴. Le Supreme Judicial Court du Massachusetts, en renversant cette décision et en rendant jugement en faveur du demandeur, a exposé sa propre interprétation de la règle de la prépondérance de la preuve.

"The burden of proof that is on the plaintiff in this case does not require him to establish beyond all doubt, that the insured died from accidental injury within the policy. He must prove that by a preponderance of the evidence. It has been held not enough that mathematically the chances somewhat favor a proposition to be proved; for example, the fact that colored automobiles made in the current year outnumber black ones would not warrant a finding that an undescribed automobile of a current year is colored and not black, nor would the fact that only a minority of men die of cancer warrant a finding that a particular man did not die of cancer ... The weight or ponderance of evidence is its power to convince the tribunal which has the determination of the fact, of the actual truth of the proposition to be proved. After the evidence has been weighed, that proposition is proved by a preponderance of the evidence if it is made to appear more likely or probable in the sense that actual belief in its truth, derived from the evidence, exists in the mind or minds of the tribunal notwithstanding any doubts that may still linger there ...

Upon the evidence, in the opinion of a majority of the courts, a jury could find, not merely that there was a greater chance that the insured met his death by accident falling within the policy than that he met a different fate, but that death by accident within the policy was in fact indicated by a preponderance of the evidence"²⁵.

Le deuxième arrêt, *Smith v. Rapid Transit Inc.*²⁶, implique un voyage sensiblement moins romantique, soit celui qu'a effectué Betty

24. *Id.*, 246, 29 N.E. (2d) 825.

25. *Id.*, 250-51, 29 N.E. (2d) 827 (citations omises).

26. 317 Mass. 469, 58 N.E. (2d) 754 (1945).

Smith dans son auto sur la rue Principale de Winthrop, Massachusetts. Lors de ce trajet, un autobus qu'elle décrivait simplement comme "a great big, long wide affair"²⁷, l'a contrainte de quitter le chemin et de frapper une voiture stationnaire. Dans la présentation de sa cause, elle a prouvé seulement que la compagnie demanderesse était le seul opérateur d'autobus autorisé par l'État à circuler sur la rue en question, bien que la circulation occasionnelle des autobus privés ou nolisés n'y était pas prohibée. Le Supreme Judicial Court du Massachusetts, citant largement l'arrêt *Sargent*, a rejeté des objections de la demanderesse à un verdict dirigé en faveur de la défenderesse en déclarant que "The most that can be said of the evidence in the instant case is that perhaps the mathematical chances somewhat favor the proposition that a bus of the defendant caused the accident ... [and] this was not enough"²⁸.

Deux grands thèmes d'importance pour nous se dégagent des opinions émises dans ces arrêts. Tout d'abord, l'on a prétendu que l'obligation imposée au juge par le principe de la prépondérance de la preuve est plus que celle d'arriver à une conclusion quant à la probabilité relative de la véracité des prétentions du demandeur. Le juge doit agir en se fondant uniquement sur "actual belief in its truth" (une croyance réelle en la version offerte par le demandeur), un concept qui fera l'objet d'étude dans la prochaine section de cet article. Ensuite, nous nous devons d'examiner une question distincte soulevée indirectement dans ces arrêts et très discutée depuis: aucune preuve statistique d'ordre général n'a été offerte pour appuyer les prétentions des demandeurs dans ces deux arrêts (ex. dans l'arrêt *Smith*, la proportion de tous les autobus circulant sur la rue Principale qui étaient opérés par la compagnie défenderesse). Néanmoins, les jugements peuvent s'interpréter à l'appui de la proposition qu'une telle preuve ne serait jamais suffisante pour rencontrer les exigences du principe de la prépondérance de la preuve. On soutient qu'aucune partie ne pourrait relever son fardeau de preuve en offrant seulement une preuve statistique d'arrière-plan ("background statistical evidence") et qu'un peu de preuve particularisée ou individualisée est toujours requise. Cette question ne vise pas les limites statistiques de la norme; plutôt, elle limite le genre de preuve qui serait suffisante pour atteindre ces limites.

27. *Id.*, 469, 58 N.E. (2d) 754.

28. *Id.*, 470, 58 N.E. (2d) 755.

IV. "CROYANCE RÉELLE EN LA VÉRITÉ D'UNE DÉCLARATION"

William Trickett, dans un article écrit en 1906, nous expose un argument convaincant en faveur de l'interprétation qui exige que le juge ressente une croyance réelle en la véracité d'une déclaration du demandeur²⁹. L'auteur examine tout d'abord la règle qui, à son grand mécontentement, est préconisée par certains auteurs de l'époque, soit une règle de la prépondérance des probabilités. Trickett a noté ce qui suit:

"A corollary from this rule would be that the juror or the judge must in many cases decide in favor of A or B, the parties to the suit, that a fact did or did not occur, although he does not believe that it occurred or did not occur.

(T)o believe that there is this greater degree of evidence of occurrence than of non-occurrence, is not to believe the occurrence, rather than the non-occurrence"³⁰.

Ces commentaires plutôt vagues sont précisés dans un cas hypothétique que Trickett nous présente. Il donne en exemple une action sur billet intentée par A contre B. B nie la paternité du billet, et les deux parties réunissent des témoins au sujet de l'authenticité de la signature de B. En premier lieu, six personnes témoignent en faveur de A tandis qu'il n'y en a que cinq qui témoignent pour B. Aucune différence n'existe au niveau de la crédibilité des témoins entendus. Trickett en conclut qu'une personne raisonnable et prudente entretiendrait toujours des doutes quant à l'authenticité de la signature de B, tandis que la règle de la prépondérance obligerait "the ordinary man, juror or judge" dans une cour de justice à trancher en faveur de A³¹. Il en conclut que:

"The rule indicated results in palpable absurdity. The object of the law is, or ought to be, to secure the sequence of certain results upon certain objective facts. If B signed the note he ought to be compelled to pay it. It would be, of course, inadmissible to hold that the absolute certainty of the jury that he signed it, should be the preliminary to this compulsion. But would it be too much to hold that the jury should believe, at least in some law degree, that he signed it? Is not the principle abhorrent that B may be coerced into paying a sum of money to A, when the jury does not believe, even in a faint degree, that he promised to pay it, simply because it believes that, of the plaintiff's and defendant's respective pieces of evidence, that of the former is heavier than that of the latter?"³²

29. TRICKETT, "Preponderance of Evidence, and Reasonable Doubt", (1906) 10 *Forum* 75.

30. *Id.*, 77-78.

31. *Id.*, 77.

32. *Id.*, 78.

Il apparaît évident que l'objection de Trickett à la règle de la prépondérance, telle qu'il l'interprète, se fonde sur sa croyance que le processus d'évaluation de la preuve oblige le juge à rendre un verdict qui est rigide fonction du nombre de témoins entendus, ou du volume brut de la preuve soumise. Cette conclusion résulte probablement du fait qu'à l'époque, on n'avait pas encore élaboré en détail l'interprétation subjective des déclarations de probabilité. Tout de même, il s'agit là d'une lecture de la règle de la prépondérance et du mot "preuve" qui n'est guère compatible avec le bon sens. Pourtant, l'idée de Trickett demeure attrayante aux auteurs plus récents, même si ceux-ci ont compris que la norme de la prépondérance préconise l'évaluation de la preuve en fonction de sa capacité de convaincre, et non pas de son simple volume³³. L'on prétend encore que la "croyance" représente un objectif distinct auquel le juge a le devoir d'aspérer. Ainsi, en 1944, le Professeur McBaine a sévèrement critiqué l'opinion que le jury devrait recevoir l'instruction de déterminer uniquement si la preuve offerte par le demandeur "is stronger or more convincing than the evidence supporting his opponent's assertions"³⁴. Son argument se base sur ce qui semble, à première vue, être une proposition intéressante.

"No prudent man would act as to a matter of importance to him if, after talking with several of his acquaintances, his state of mind is: "I think I will make this investment since what I have heard favorable to it impresses me more than what I have heard against it." People of prudence do not take important action involving their self interests when they know no more than that the evidence for taking an important step is stronger for taking it than it is for not taking it. Before acting they entertain stronger convictions"³⁵.

Malheureusement, l'homme prudent se trompe radicalement s'il pense éviter de prendre une décision en refusant d'investir dans les

33. Voir J. WIGMORE, *Evidence*, SS. 2498 (3d éd., 1940); JAMES, *loc. cit.*, note 1, 53. Pour des arrêts, en sus de l'arrêt *Sargent*, qui adoptent la formulation de la "croyance réelle", voir *McCormick, op. cit.*, note 2, SS. 339, p. 795, n. 57. Bien que l'auteur n'ait pas étudié le droit d'autres juridictions de *common law*, il semblerait qu'un point de vue qui s'apparente à la thèse de la "croyance réelle" y attire des adhérents et a même été incorporé dans certains jugements, en Angleterre et en Australie à tout le moins. R. EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, 106-07, 109-11 (1978).

34. McBAINE, "Burden of Proof: Degrees of Belief", (1944) 32 *Calif. L. Rev.* 242, 248. La position de l'auteur semble confuse. Vers la fin de l'article, alors qu'il présente des recommandations pour des instructions-type à donner au jury, son énoncé de la norme de la prépondérance n'inclut aucune référence à une "croyance réelle en la vérité". *Id.*, 261-62.

35. *Id.*, 248.

circonstances mentionnées ci-haut. Le choix de ne pas investir constitue en lui-même une décision qui aura très certainement des conséquences. Au cours d'un procès, le juge (ou, hors Québec, le jury civil) fait face à une situation identique. Comme nous l'avons souligné plus tôt, la décision que doit prendre ce juge ou ce jury n'est pas celle de se prononcer sur les faits ou pas; ils ont l'obligation de se prononcer. Il s'agit plutôt de déterminer de quelle façon choisir entre deux résultats possibles, soit une décision en faveur du demandeur, ou en faveur du défendeur. Cette décision doit être prise uniquement sur les informations alors disponibles.

En demandant que le juge ou jury vise une "croyance plus forte", Trickett et McBaine ne semblent pas réclamer tout simplement une norme de la prépondérance de la preuve qui soit plus exigeante au niveau quantitatif. Il est en effet douteux que ces auteurs acceptent davantage une norme qui requiert un degré de probabilité de .6 ou .75. Ils semblent plutôt revendiquer une différente forme de processus décisionnel sur le plan qualitatif. La difficulté découle du fait que ce qu'ils visent est peut-être impossible à réaliser dans les faits. On aurait possiblement la conscience plus tranquille si les litiges étaient tous tranchés et les jugements toujours rendus sur la base de ce qu'ils appellent "une croyance réelle" en leur sagesse. Cette pratique paraît certainement plus appropriée que celle de choisir toujours la meilleure estimation disponible, même dans les cas les plus importants. Mais tout comme l'investisseur prudent, le juge ou le juré consciencieux se trouve dans une situation difficile et inextricable. En cas de doute, tout le monde se fie à sa meilleure estimation.

L'argument de la croyance réelle a été récemment critiqué par certains auteurs³⁶ et l'on serait tenté de le considérer comme une simple aberration qui ne mérite pas d'étude sérieuse³⁷. Mais l'idée formulée par ces premiers auteurs ne semble pas avoir été abandonnée. L'oeuvre récente d'un philosophe des sciences anglais, ainsi que les travaux émanant de certains juristes en milieu académique qui ont élaboré sur cette oeuvre³⁸, suggèrent que la théorie traditionnelle de la probabilité, quelle que soit sa formulation, est inappropriée à l'adjudication des faits dans notre système juridique.

36. BALL, *loc. cit.*, note 18; CULLISON, *loc. cit.*, note 8.

37. M. FINKELSTEIN, *op. cit.*, note 10, at 65.

38. L. COHEN, *The Probable and the Provable*, (1977); BRILMAYER & KORNGHAUSER, "Review: Quantitative Methods and Legal Decisions", (1978) 46 *U. Chi. L. Rev.* 116.

Une conception tout à fait nouvelle et quelque peu surprenante de la probabilité a été mise de l'avant, dont le fondement semble être l'abandon de l'exigence que $(P(A) + P(\text{pas-A}))$ soit toujours égal à un, pour toute déclaration A (i.e. niant le principe d'additivité)³⁹. Depuis sa naissance, cette nouvelle théorie a fait l'objet des critiques⁴⁰. Dans le débat qui en est résulté, le développement de la théorie de la probabilité et des notions de logique formelle a atteint un tel niveau d'abstraction qu'il est difficile de savoir quoi en penser. Ce qui est remarquable, toutefois, c'est que lorsque les arguments sont enfin appliqués au processus judiciaire le produit de cette critique hautement technique et sophistiquée nous est étrangement familier. Ainsi, dans un récent article en grande partie basé sur cette théorie moderne et non traditionnelle de la probabilité, les Professeurs Brilmayer et Kornhauser en concluent que

“(i)t seems implausible to assume, however, that when we have little or no evidence about the truth or falsity of a statement we must be more than half sure that it is true, or else more than half sure that it is false”⁴¹.

N'est-ce pas ici une simple reformulation de la pensée peu réaliste des premiers auteurs? Que doit faire le juge ou juré consciencieux, qui après tout n'a pas le loisir de quitter la salle d'audience comme il quitterait une salle de cours? Les auteurs conseillent au juge rationnel, à qui on présente si peu d'informations qu'il est difficile de croire en quoi que ce soit, de ne pas désespérer.

“He may then decide to introspect more carefully, consider gathering more information about the likelihood of A and not-A, or make a decision based on some criterion distinct from maximizing expected value. Each of these tactics may present complex, unsolved intellectual problems for the decision-maker, but it is not obvious why, in adopting one of them, he would be acting

39. Tel que mentionné dans KAYE, *loc. cit.*, note 11, 36-38. Cohen considère apparemment “paradoxale” la notion que la probabilité de la responsabilité d'un défendeur plus la probabilité de sa non-responsabilité doivent être égales à 1:

“Suppose the threshold of proof in civil cases were judicially interpreted as being at the level of a mathematical probability of .501. Would not judges thereby imply acceptance of a system in which the mathematical probability that the unsuccessful litigant deserved to succeed might sometimes be as high as .499? This hardly seems the right spirit in which to administer justice”.

40. Voir BIRMINGHAM, “Remarks on ‘Probability’ in Law: Mostly, A Casenote and A Book Review”, (1978) 12 *Ga. L. Rev.* 535, 544-51; KAYE, *loc. cit.*, note 19; SCHUM, *loc. cit.*, note 6; WAGNER, *loc. cit.*, note 6.

41. BRILMAYER & KORNHAUSER, *loc. cit.*, note 38, 142 (notes infrapaginales omises).

irrationally. One rational strategy that does not fit the Bayesian (subjectivist) model is a court's finding of "insufficient evidence", that is, that a party simply has not adduced sufficient evidence to warrant disturbing the status quo. That the Bayesian system does not adequately account for a conception such as "sufficient evidence" becomes clear upon examining the premise of additivity at greater length⁴².

Dans quelle mesure ces conseils sont-ils réalistes étant donné la situation réelle du juge/juré? Les auteurs recommandent une plus grande introspection, qui n'est jamais à déconseiller mais qui ne peut guère garantir une issue d'une impasse, ni même une aide certaine au navigateur. La deuxième suggestion, que le jury "considère la cueillette de plus d'informations", est incompatible avec le processus judiciaire. Les faits en litige doivent être décidés par le jury/juge lors du procès et sur la base des informations qui leur sont présentées⁴³. Une grande valeur de notre système juridique est de pouvoir aboutir à une conclusion qui règle définitivement un litige. Ceci est bien reconnu et aucun des auteurs ne plaide en faveur de l'abandon d'un avantage qui est si fondamental. Ils suggèrent enfin que le juge/jury a l'option de "prendre une décision basée sur un critère distinct de la maximisation *ex ante* de la valeur future", mais ils n'offrent aucun indice des valeurs qui pourraient être prises en considération, ou de la raison pour laquelle une telle approche serait le moins appropriée dans le contexte d'un procès.

Encore plus curieuse est la référence des auteurs à un verdict civil par la cour de "preuve insuffisante" dans un contexte où ils croient décrire une pratique existante, et non pas plaider en faveur d'un nouvel ordre juridique. Dans une cause civile, cette expression est expliquée comme signifiant "that the plaintiff has not satisfied his burden of proof"⁴⁴. En effet, on peut dire dans un tel cas que le demandeur soumet une preuve insuffisante pour les fins de sa cause, mais ceci ne signifie aucunement que le juge croit qu'il n'y a pas suffisamment de preuve pour pouvoir prendre une quelconque décision. Une décision est bel et bien rendue et il ne s'agit définitivement pas, comme le prétendent les auteurs, d'un résultat qui maintient le *statu quo*, à tout le moins si l'on accepte la doctrine de *res judicata*. Le demandeur échoue non seulement dans sa tentative d'obtenir un jugement contre le défendeur, mais il perd aussi à tout jamais la possibilité de reprendre sa démarche. N'importe quel demandeur qui

42. *Ibid.*

43. Voir KAYE, *loc. cit.*, note 11, 47.

44. BRILMAYER & KORNHAUSER, *loc. cit.*, note 38, 142, n. 94.

a perdu sa cause après avoir refusé une offre de règlement intéressante confirmerait que sa situation est bien différente que celle qui prévalait avant le procès. Les auteurs voudraient peut-être réclamer un processus judiciaire tout à fait différent qui permettrait à la cour ou au jury de refuser de prendre une décision parce que la preuve soumise est insuffisante pour créer une "croyance réelle" en la véracité de l'une ou l'autre des versions offertes. Un tel refus de se prononcer aurait pour effet de remettre les deux parties en l'état *ex ante*, plus précisément, elles auraient le droit de recommencer le procès. Cependant, si ceci représente la position des auteurs, ils devraient justifier un changement de cette ampleur en se référant aux valeurs précises qui seraient protégées dans ce nouvel ordre, pas seulement en soulevant les difficultés à prendre une décision dans le système actuel. D'ailleurs, dans un tel ordre juridique, ils auraient à justifier la difficulté particulière qui découlerait de la perte de la valeur du procès comme méthode efficace de résoudre définitivement les différends. Même dans le système actuel, il semble que l'un des résultats les moins satisfaisants pour les parties au litige soit le "mistrial" qui offre la perspective de répéter encore une fois toute l'expérience.

Il semble que les premiers défenseurs de la notion de la "croyance réelle" ("actual belief in truth") la concevaient comme un moyen d'augmenter la précision en réduisant au minimum le nombre d'erreurs. Toutefois, cette conception ne peut être fondée, du moins si la norme qui en découle se distingue de celle qui exige simplement une décision basée sur la prépondérance des probabilités⁴⁵. Aujourd'hui la plupart des experts concluent que si on demande à un juge ou un jury d'avoir une "croyance réelle" avant de donner raison au demandeur, ce juge ou ce jury (dans la mesure où il respecte les instructions données) agira seulement lorsque la probabilité subjective atteinte est sensiblement supérieure à .5⁴⁶. Tout argument en

45. Ailleurs dans leur article, les professeurs Brilmayer et Kornhauser semblent endosser la règle de "plus que .5", bien qu'ils disent que le "degree of belief of .5 or greater" rencontre "probablement" l'exigence de la règle de la prépondérance. *Id.*, 139-40. Il n'est pas évident qu'il s'agit là d'une incohérence de leur part; cela peut être perçu comme étant l'endossement par les auteurs d'un modèle de probabilité dans lequel $P(X) = .5$ représenterait une exigence plus difficile à satisfaire que dans les théories traditionnelles des probabilités qui incorporent l'axiome d'additivité.

46. CULLISON, *loc. cit.*, note 8, 57. McCormick indique que la règle de la "croyance réelle" est semblable à l'exigence de "clear, strong and convincing proof" ...jusqu'ici jugée appropriée seulement dans des causes exceptionnelles. McCormick, *op. cit.*, note 2, 795.

Des données empiriques laissent effectivement entendre que les jurés qui

faveur de ce résultat, qui a pour effet d'augmenter le nombre d'erreurs anticipées, devrait être justifié par l'élaboration et l'adoption d'autres valeurs que cette thèse serait susceptible de privilégier.

Les adhérents à cette position ont été largement cités afin de tenter de découvrir la raison d'être de l'exigence de la "croyance réelle" conçue par eux. Quelle valeur se trouve rehaussée par cette exigence, de manière à possiblement compenser le plus grand nombre de jugements erronés qui résulteraient de sa mise en application? Dans une grande mesure, ces citations comportent une forme de dénégation: le refus du fait que des décisions doivent être prises et ceci dans des circonstances qui sont loin d'être idéales. Il existe cependant, au-delà de ceci, quelque chose de beaucoup plus complexe. Il y a l'expression de la valeur indépendante d'un système judiciaire qui serait perçu, par les membres de la communauté appelés à siéger au jury ou à respecter les jugements rendus, comme offrant des décisions basées uniquement sur la véracité et la "croyance réelle". Même si on accepte que le meilleur processus judiciaire produira inévitablement des décisions douteuses et même carrément erronées, les auteurs plaident qu'une règle qui offrirait une *image* de certitude au monde extérieur serait souhaitable⁴⁷.

Cette idée n'est pas aussi extravagante que l'on pourrait penser. Il va sans dire qu'elle est largement appliquée en droit pénal, mais s'agit-il d'une notion ayant beaucoup de poids en matière privée? En fin de compte, il s'agit là d'une question empirique. Est-ce que les gens seraient moins disposés à servir comme jurés, ou souffriraient-ils de difficultés émotives après avoir siégé à ce titre, si la cour leur demandait d'assumer une part de la responsabilité des décisions prises en l'absence de "croyance réelle" en son bien-fondé? Est-ce que le public aurait moins de respect pour des décisions prises à l'intérieur d'un processus où on ne faisait que peser les probabilités, et où le juge

reçoivent l'instruction de trancher uniquement en fonction de la norme de la prépondérance transforment celle-ci en une exigence supérieure à la probabilité de .5. SIMON & MAHAN, "Quantifying Burdens of Proof", (1971) 5 *Law & Soc'y Rev.* 319 relatent que lorsqu'ils ont interrogé un groupe de jurés, ceux-ci ont interprété la norme de la prépondérance comme exigeant une probabilité de .75 ou plus. D'autre part, un groupe de *juges* y voyaient une exigence d'une probabilité de .55. *Id.*, 325. Dans le cas des jurés, toutefois, le résultat est sujet à critique, puisque la question qui leur avait été posée relevait du droit pénal. De fait, on leur a demandé quel degré de probabilité serait nécessaire pour qu'ils rendent un verdict de culpabilité. *Ibid.* Il est possible que la compréhension qu'avaient les jurés de la règle ait été déformée par cette manière de formuler la question.

47. Pour une critique de cette notion, voir CULLISON, *loc. cit.*, note 8, 572-76.

ou jury n'était pas tenu d'énoncer une "croyance réelle" dans quelque fait que ce soit? La notion de "croyance réelle" sous étude n'est évidemment pas basée sur les probabilités ou les statistiques. Il s'agit essentiellement d'une question culturelle ou psychologique: à quel moment un individu est-il disposé, avant d'atteindre la certitude absolue, à formuler une préférence sur la foi de laquelle d'autres pourront juger et de lui et de ce dont il parle.

Il paraît que les arguments en faveur de l'exigence de la "croyance réelle" accordent une importance à l'apparence et la perception publique du processus judiciaire. Le processus doit être pris en considération, abstraction faite des résultats obtenus dans un seul cas ou dans un ensemble de cas. Il n'est pas nécessaire d'endosser l'exigence de la "croyance réelle", même si on attache une certaine importance à ces facteurs. Toutefois, la considération de ces facteurs sert à introduire d'autres questions jusqu'ici ignorées. Ces questions seront examinées dans la section suivante de cet article, en tenant compte des réflexions déjà faites à l'effet que le choix d'une règle implique possiblement l'acceptation d'un plus grand nombre d'erreurs en retour de la promotion d'autres valeurs, dont certaines seront suggérées.

V. LA PREUVE PUREMENT STATISTIQUE

L'arrêt *Smith*⁴⁸, dans lequel un chauffeur a poursuivi une compagnie d'autobus (prétendant que l'un de ses autobus l'avait obligée à quitter le chemin), nous fournit le point de départ de cette discussion. De fait, la demanderesse n'a soumis aucune preuve statistique. Imaginons, toutefois, qu'une preuve soit présentée que, pendant la période en question, quatre autobus sur cinq voyageant sur la rue Principale étaient la propriété de la compagnie défenderesse. Imaginons de plus que ceci représente la seule preuve offerte par la demanderesse pour identifier le propriétaire de l'autobus. Si l'identité du propriétaire de l'autobus est la seule question de fait en litige, comment ce procès devrait-il se dérouler? La défenderesse aurait-elle droit à un verdict dirigé de rejet de l'action, la demanderesse n'ayant soumis aucune preuve "individualisée" au sujet du propriétaire de l'autobus? Ou, en prenant pour acquis que la défenderesse ne présente aucune preuve relative à cette question, la demanderesse aurait-elle droit à un verdict dirigé puisqu'elle aurait démontré "par une

48. *Smith v. Rapid Transit Inc.*, 317 Mass. 469, 58 N.E. (2d) 754 (1945). Voir *supra*, notes 26-28 et le texte s'y rattachant.

prépondérance de la preuve” que l’autobus était la propriété de la défenderesse? Ou s’agit-il tout simplement d’une question de fait à être tranchée par le juge/jury (auquel cas on peut très bien se demander comment devrait-il appliquer la norme de la prépondérance de la preuve).

Ce cas hypothétique d’une preuve générale basée sur les mathématiques fait partie d’un grand nombre de cas semblables étudiés par le Professeur Tribe dans son article bien connu traitant du phénomène qu’il appelle “trial by mathematics”⁴⁹. L’article de Tribe discute de plusieurs exemples de l’utilisation juridique des preuves et théories mathématiques; mais son objectif global est de s’opposer à ce qu’il percevait (en 1971) comme une croyance de plus en plus répandue à l’effet que la preuve et les techniques d’analyse basées sur les mathématiques devraient jouer un rôle plus grand dans le processus judiciaire et dans l’évaluation des règles juridiques⁵⁰. Tribe énonce une gamme d’arguments contre l’utilisation des mathématiques lors du procès, arguments surtout fondés sur la prédiction que l’utilisation d’une telle preuve aboutira souvent à des abus inévitables.

“(T) very mystery that surrounds mathematical arguments - the relative obscurity that makes them at once impenetrable by the layman and impressive to him - creates a continuing risk that he will give such arguments a credence they may not deserve and a weight they cannot logically claim”⁵¹.

Ainsi, et à titre d’exemple, Tribe affirme que le juge ou jury qui aurait entendu une preuve statistique et une autre preuve de nature plus “subjective” aurait tendance à être trop influencé par la première, simplement parce qu’elle paraît plus précise, scientifique et objective⁵².

Dans une critique récente de cet article, les Professeurs Saks et Kidd, psychologues, prétendent que les arguments de Tribe se fondent uniquement sur ses sentiments personnels quant à la façon dont un jury se servirait de telles informations, et que ces sentiments s’avèrent carrément erronés lorsque comparés aux résultats d’études empi-

49. TRIBE, *loc. cit.*, note 9.

50. *Id.*, 1329-32. Tribe a déclaré qu’il a écrit son article “in reaction to a growing and bewildering literature of praise for mathematical precision in the trial process, a literature that has tended to catalogue or to assume the virtues of mathematical approaches quite as uncritically as earlier writers tended to deny their relevance.” *Id.*, 1332. (Notes infrapaginales omises)

51. *Id.*, 1334.

52. *Id.*, 1358-60.

riques du processus décisionnel⁵³. Plus précisément, ils examinent les conclusions d'études indiquant que la plupart des gens à qui l'on présente une preuve générale statistique, en plus d'une preuve se rattachant de façon spécifique à la cause, auraient tendance à sous-évaluer, non surévaluer, la preuve statistique⁵⁴. Contrairement à ce que Tribe prétend, les individus n'ont pas tendance à être impressionnés outre mesure par des informations statistiques, tel le pourcentage d'autobus dans notre cas hypothétique. Il est plus probable que trop peu de poids est accordé à de telles informations. Bien que ces données empiriques affaiblissent plusieurs des prétentions de Tribe, sa position n'est pas complètement intenable. À travers son oeuvre, Tribe énonce clairement qu'il s'inquiète par rapport à l'utilisation des mathématiques lors du procès non seulement parce qu'elle peut augmenter le nombre de décisions erronées, mais aussi parce qu'il existe d'autres raisons d'éviter ce genre de preuve *même si elle pouvait réduire le nombre d'erreurs prévisibles*. Il prétend qu'un procès doit être vu non seulement comme un moyen d'atteindre une fin mais aussi comme un important événement social comportant en lui-même une valeur rituelle⁵⁵.

Avant d'explorer davantage cet argument, examinons le point de vue de Tribe sur le cas hypothétique abordé ci-haut. Quel devrait être le résultat lorsque le demandeur n'offre qu'une preuve statistique d'ordre général? Tribe a raison d'affirmer que celle-ci ne devrait pas nécessairement aboutir à un verdict dirigé en faveur du demandeur. Il ne serait même pas vrai de dire qu'un jury rationnel et intelligent serait obligé de trancher en faveur de Mme Smith, puisqu'au moment où le procès prendra fin, d'autres informations seront disponibles. Une preuve statistique de nature générale et qui incrimine la défenderesse est introduite, mais la demanderesse fait défaut de produire d'autres preuves sur ce point. Ce défaut peut être en lui-même hautement significatif. Si un autobus appartenant à la défenderesse était vraiment la cause de l'accident, pourquoi la demanderesse est-elle

53. SAKS & KIDD, "Human Information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics", (1981) 15 *Law & Soc'y Rev.* 123.

"Influential as Tribe's paper has been, like much legal scholarship, it is a Swiss cheese of assumptions about human behavior - in this case human decision-making processes - which are asserted as true simply because they fall within the wide reach of the merely plausible, not because any evidence is adduced on their behalf."

Id., 125. (Notes infrapaginales omises)

54. *Id.*, 126-31.

55. Voir *infra*. L'article traitera de ce sujet à partir de la note 60.

incapable de présenter d'autres preuves pour soutenir ses prétentions? "(A)bsent satisfactory explanation"⁵⁶ pour justifier le défaut de la demanderesse d'offrir en preuve plus qu'un pourcentage d'ordre général de 80%, nous pourrions conclure que la probabilité subjective que la défenderesse soit responsable est de beaucoup inférieure à .8, et même à .5.

Il est important de souligner que ces arguments ne signalent en aucune façon une difficulté provenant de la preuve statistique ou de la théorie des probabilités. La probabilité que toute déclaration soit vraie est toujours susceptible de changer lorsque d'autres informations pertinentes deviennent disponibles. Si l'on croyait ou s'il était possible de démontrer qu'une information donnée est plus susceptible d'être vraie si l'autobus appartenant à la défenderesse n'était pas impliqué dans l'accident, ceci aurait certainement pour effet de diminuer l'estimation de la probabilité de la responsabilité de la défenderesse. La théorie des probabilités fait bien plus qu'accepter cette notion intuitive. En effet, elle nous fournit un mécanisme, qu'on appelle le théorème de Bayes, qui nous permet de quantifier l'effet de cette information additionnelle⁵⁷. Ainsi, supposons que sur la base de

56. TRIBE, *loc. cit.*, note 9, 1349. Voir aussi KAYE, *loc. cit.*, note 19, 106-08. Bien entendu, le raisonnement qui sous-tend cet argument est possiblement tautologique. Si la règle de droit était que le demandeur peut se décharger de son fardeau initial en soumettant uniquement une preuve statistique, son défaut de produire d'autres preuves ne serait pas "suspect". Il pourrait signifier tout simplement qu'il n'a pas dépensé ses ressources inutilement, en tentant de recueillir d'autres informations plus détaillées alors qu'il en avait suffisamment pour faire échec à une requête par le défendeur pour un verdict dirigé. Toutefois, l'aspect circulaire de ce raisonnement est plutôt théorique. La décision que prend le demandeur quant à la quantité de preuve qu'il faut recueillir et offrir lors du procès est fonction de sa préoccupation avec la contrepreuve qui sera offerte par le défendeur, et non pas de la nécessité de satisfaire les exigences minimales pour le rejet d'une requête de verdict dirigé.

57. Le théorème de Bayes est maintenant bien connu dans la littérature juridique. Voir KAYE, *loc. cit.*, note 19, 106-08; TRIBE, *loc. cit.*, note 9, 1352. L'article de Tribe participe à un débat continu, qu'ont provoqué FINKELSTEIN & FAIRLEY, "A Bayesian Approach to Identification Evidence", (1970) 83 *Harv. L. Rev.* 489, sur l'opportunité de l'utilisation du théorème par un jury afin d'interpréter l'effet cumulé de toute la preuve soumise. Voir KAYE, *loc. cit.*, note 11, 34, nn. 5 & 6.

Le but de l'introduction du théorème de Bayes ici est de souligner le fait que les efforts de "marier" une preuve purement statistique avec d'autres informations qui sont présentées au jury ne vont nullement à l'encontre de la théorie des probabilités et, au contraire, peuvent s'expliquer en fonction de cette théorie et de ses outils.

la preuve statistique offerte, un juge évalue provisoirement à .8 la probabilité qu'un autobus de la défenderesse soit responsable de l'accident. Aucune autre preuve quant à la propriété de l'autobus n'est pourtant présentée. Or, il semble six fois plus probable que la demanderesse soit incapable d'offrir des preuves supplémentaires impliquant la défenderesse si celle-ci n'était pas responsable que si elle l'était. Le théorème de Bayes viendrait alors appuyer une conclusion que la probabilité qu'il s'agissait d'un autobus de la défenderesse est .4, ce qui serait insuffisant pour décharger la demanderesse de son fardeau⁵⁸.

Il va sans dire que si la demanderesse était en mesure de fournir une explication satisfaisante de son incapacité de produire des preuves additionnelles et particularisées, la probabilité initiale demeurerait inchangée et le fardeau de preuve de la demanderesse serait satisfait; du moins aurait-elle présenté une preuve suffisante pour renverser le fardeau et obliger une contre-preuve. Tribe est d'accord avec cette affirmation, mais il s'en éloignerait dans le cas où la preuve statistique est tellement importante ou la conclusion à tirer du défaut de produire d'autres preuves tellement faibles que l'absence de preuve

Avant d'exposer le théorème de Bayes, il faut définir la notion de probabilité conditionnelle. La probabilité conditionnelle de X étant donné E (écrit P(X|E)) est simplement la probabilité que X soit vrai, étant donné que la véracité de E est déjà établie. Par exemple, la probabilité qu'un lancer de dé indique le chiffre quatre est de un-troisième, si l'on prend pour acquis que le résultat du lancer est un chiffre pair. De la même manière, la probabilité qu'un quatre soit le résultat, étant donné que le chiffre indiqué est impair, est 0.

Si X représente une proposition de fait, et E une donnée qui peut mais n'est pas nécessairement pertinente à cette proposition, le théorème de Bayes, dans l'une de ses composantes nombreuses, nous indique ce qui suit:

$$\frac{P(X)}{P(\text{pas-X})} \times \frac{P(E|X)}{P(E|\text{pas-X})} = \frac{P(X|E)}{P(\text{pas-X}|E)}$$

Le rapport P(X)/P(pas-X) s'appelle la "probabilité antérieure" de X, i.e. la probabilité que X soit vrai avant toute connaissance de E. Le rapport P(X|E) / P(pas-X|E) s'appelle la "probabilité postérieure" de X. Il reflète l'estimation révisée de la probabilité que X soit vrai, une fois la vérité de E connue.

58. En se servant de la formule décrite, *supra*, note 57, X représente le fait qu'un autobus de la défenderesse était responsable de l'accident. E représente la donnée additionnelle, qu'aucune autre preuve à part la preuve statistique ne fut offerte par la demanderesse. L'énoncé dans l'article peut alors se traduire comme suit:

$$\frac{80}{20} \cdot \frac{1}{6} = \frac{40}{60}$$

additionnelle n'aurait pas pour effet de réduire le calcul global de la probabilité en deçà de .5⁵⁹. Même s'il était démontré que la compagnie défenderesse était propriétaire de 99% des autobus parcourant la rue Principale, Tribe prétend que, comme règle de droit, ce fait seul (i.e. sans qu'il n'y ait une "explication satisfaisante" de l'absence de preuves) ne devrait jamais suffire pour renverser le fardeau de la preuve⁶⁰. Selon lui, que la probabilité subjective qu'il s'agisse d'un autobus de la défenderesse soit supérieure à .5 ou non:

"absent satisfactory explanation, there are compelling reasons of policy to treat the subjective probability as less than .5 - or simply as insufficient to support a verdict for the plaintiff. To give less force to the plaintiff's evidentiary omission would eliminate any incentive for plaintiffs to do more than establish the background statistics. The upshot would be a regime in which the company owning four-fifths of the blue buses, however careful, would have to pay for *five-fifths* of all unexplained blue bus accidents - a result as inefficient as it is unfair"⁶¹.

Les justifications de cette proposition que nous offre Tribe sont peu convaincantes. Cet argument (critiquant toute règle qui aurait

59. TRIBE, *loc. cit.*, note 9, 1361.

60. *Id.*, 1349.

61. *Id.*, 1349-50. (Les italiques sont du texte original; note infrapaginale omise). Tribe énonce sensiblement la même chose dans une note précédente.

"(C)ases like *Smith* are entirely sensible if understood ... as insisting on the presentation of *some* non-statistical and 'individualized' proof of identity before compelling a party to pay damages, and even before compelling him to come forward with defensive evidence, absent an adequate explanation of the failure to present such individualized proof". *Id.*, 1341, n. 37. (Les italiques sont du texte original).

Or, il n'est pas vraiment possible d'opérer une nette distinction entre deux catégories qualitativement différentes d'information, soit l'information "statistique" ou "individualisée". Voir SAKS & KIDD, *loc. cit.*, note 53, 151-54. Tribe reconnaît cela, mais il trouve quand même important le fait que la population a tendance à croire qu'il existe une telle distinction.

"I am, of course, aware that *all* factual evidence is ultimately 'statistical' and all legal proof ultimately 'probabilistic' in the epistemological sense that no conclusion can ever be drawn from empirical data without some step of inductive inference - even if only an inference that things are usually what they are perceived to be ... My concern, however, is only with types of evidence and modes of proof that bring this probabilistic element of inference to explicit attention in a quantified way." TRIBE, *loc. cit.*, note 9, 1330, n. 2. (Les italiques sont du texte original, note infrapaginale omise).

pour effet d'inciter le demandeur à présenter moins de preuve que celle disponible) pourrait aussi s'appliquer à tous les cas où le demandeur aurait satisfait son fardeau en créant une probabilité subjective supérieure à .5, mais où un autre individu voudrait, pour des raisons quelconques, entendre encore plus de preuve. De toute évidence, dans un tel cas Tribe aimerait toujours entendre plus de preuve; il ne nous fournit aucun argument convaincant pour distinguer le cas où le demandeur ne présente qu'une seule sorte de preuve.

Au-delà de ceci, il faut se rappeler que l'incitation principale du demandeur à soumettre toute la preuve favorable qu'il a à sa disposition provient du risque que le défendeur, dans sa preuve, produise des informations affaiblissant la crédibilité de la demande. Tribe semble suggérer que la victoire serait garantie au demandeur si on lui permettait de se décharger de son fardeau en présentant uniquement une preuve basée sur la probabilité. Mais le défendeur a toujours l'occasion d'intervenir; règle générale, celui-ci sera en mesure d'offrir une preuve qui tend à établir que, par exemple, son autobus n'était pas impliqué. Si la préoccupation est de fournir l'incitation aux parties de produire toute la preuve pertinente, il faut se rappeler que le défendeur, aussi bien que le demandeur, peut en faire l'objet. Dans le cas *Smith*, si la demanderesse était capable de démontrer que 99% des autobus parcourant la rue Principale appartenaient à la défenderesse, la réaction la plus logique ne serait-elle pas de renverser le fardeau sur la défenderesse et de l'inciter ainsi à fournir d'autres informations? Toute autre solution ne ferait que décourager la défenderesse à faire sa propre enquête au sujet de l'accident.

Bien entendu, il y aura un certain nombre de cas où les parties seront dans l'impossibilité relative de fournir des informations additionnelles. Rappelons, par exemple, le décès d'Upham Sargent qui est resté sans explication⁶². L'analyse de Tribe soulève des doutes quant à l'opportunité d'un jugement favorable au demandeur dans de tels cas, au motif qu'il serait "inefficace" ainsi que "injuste" d'obliger la défenderesse à indemniser les victimes de tout accident semblable, quel que soit le degré de prudence exercé par ses chauffeurs. Cette déclaration est non motivée et hautement critiquable. Tribe n'en fait aucune analyse coût-bénéfice, et nous n'en ferons pas plus. Il semble à propos toutefois de se demander s'il ne serait pas plus inefficace d'appliquer une règle qui permettrait à la défenderesse de s'exonérer dans tous les cas d'accidents provoqués par des autobus non

62. *Sargent v. Massachusetts Accident Co.*, 307 Mass. 246, 29 N.E. (2d) 825 (1940). Voir *supra*, notes 22-25.

identifiés, quelle que soit la fréquence des trajets et quel que soit le degré de négligence de ses chauffeurs, tout simplement parce que dans certains cas, il est impossible d'identifier un autobus.

De plus, et bien qu'il puisse paraître injuste qu'une compagnie doive déboursier des dommages pour un accident dont elle n'est nullement responsable, la possibilité d'une telle injustice existe à chaque fois qu'un jugement est rendu dans l'incertitude. Tribe veut-il prétendre qu'il est impossible de plaider l'injustice d'une règle qui permet à une compagnie d'éviter d'assumer la responsabilité pour les accidents qu'elle a véritablement causés, laissant ainsi des victimes sans indemnisation? Comme Tribe le suggère, il est possible que, sur le plan de l'efficacité et de l'équité, sa position puisse se défendre; cependant, il faut reconnaître que ces deux aspects du problème sont beaucoup plus complexes qu'il ne le laisse entendre.

Peut-être le peu de sérieux de la critique de Tribe est-il dû au fait que celle-ci se base principalement sur sa préoccupation avec l'image que ces techniques mathématiques créeraient dans la société, et non pas avec les résultats particuliers de leur application dans un cas donné. Qu'il soit véritablement injuste ou non d'obliger une compagnie à déboursier des dommages alors que la preuve particularisée ne révèle aucune faute de sa part, notre système aurait l'apparence d'être injuste, inhumain et peut-être même ridicule s'il permettait de tels résultats. Dans une section de son article intitulé "The Dehumanization of Justice", Tribe développe de façon éloquente sa croyance en l'importance du procès en tant que rite.

"Methods of proof that impose moral blame or authorize official sanctions on the basis of evidence that fails to penetrate or convince the untutored contemporary intuition threaten to make the legal system seem even more alien and inhuman than it already does to distressingly many. There is at stake not only the further weakening of the confidence of the parties and of their willingness to abide by the result, but also the further erosion of the public's sense that the law's fact-finding apparatus is functioning in a somewhat comprehensible way, on the basis of evidence that speaks at least in general terms, to the larger community that the processes of adjudication must ultimately serve. The need now is to enhance community comprehension of the trial process, not to exacerbate an already serious problem by shrouding the process in mathematical obscurity.

...

One element, at least, of that ritual of conflict-settlement is the presence and functioning of the jury - a cumbersome and imperfect institution, to be sure, but an institution well calculated, at least potentially, to mediate between 'the law' in the abstract and the human needs of those affected by it. Guided and perhaps intimidated by the seeming inexorability of numbers, induced by the persuasive force of formulas and the precision of decimal points to perceive

themselves as performing a largely mechanical and automatic role, few jurors - whether in criminal cases or in civil - could be relied upon to recall, let alone to perform, this humanizing function, to employ their intuition and their sense of community values to shape their ultimate conclusions.

When one remembers these things, one must acknowledge that there was a wisdom of sorts even in trial by battle - for at least that mode of ascertaining truth and resolving conflict reflected well the deeply-felt beliefs of the times and places in which it was practiced. This is something that can hardly be said of trial by mathematics today⁶³.

On constate tout de suite un élément d'incohérence dans ces propos. Tribe se préoccupe de la possibilité que les jurés soient trop impressionnés par la preuve et les analyses mathématiques et par conséquent, trop portés à les croire et à en être influencés. En même temps, il affirme que la présentation de ce genre de données au procès "fails to penetrate or convince the untutored contemporary intuition"⁶⁴. Si cette preuve a tant de poids auprès du juré profane, pourquoi n'aurait-elle pas la même influence auprès du grand public lorsque celui-ci apprendra ce "processus d'adjudication"⁶⁵. Bien entendu, ces deux situations sont peut-être très différentes, mais ceci n'est pas évident et Tribe n'offre aucun argument pour soutenir qu'elles le soient.

Comme nous l'avons déjà indiqué, Tribe ne fait que supposer certaines réactions des jurés à la preuve mathématique, et ses suppositions ont été remises en question à la lumière des informations empiriques disponibles. De la même manière, Tribe prend tout simplement pour acquis que les parties aux litiges et la société en général manifesterait la même méfiance face au "procès par mathématiques" qu'il ressent lui-même. Tribe ne fournit aucune information pour démontrer que le processus actuel inspire du respect et de la confiance dans les décisions qui en résultent, ni qu'un système judiciaire modifié attirerait moins de respect dans la communauté.

Les psychologues Saks et Kidd ont remarqué, par rapport à l'objection de Tribe, que l'utilisation des preuves mathématiques expose au grand jour l'acceptation par notre système judiciaire d'un nombre défini de résultats erronés en échange de la réalisation d'autres fins⁶⁶.

63. TRIBE, *loc. cit.*, note 9, 1375-77 (notes infrapaginales omises).

64. *Id.*, 1376.

65. *Ibid.*

66. *Id.*, 1372-75.

“(S)uch a deliberate turning away from reality may serve neither the law nor the defendant. First of all, the symbolism is so at variance with the objective reality ... and the subjective experience of judges and jurors, that this may be one more of the legal fictions that tend to undermine the law’s own credibility. An institution that would so deliberately ignore real, measurable doubt and assert not that it has made the best decision it was able to but that it is “certain” it is correct, is unlikely to keep the masquerade going forever or to fool everyone. That is the harm that may be done the court”⁶⁷.

Pour ces auteurs, les décisions seraient mieux respectées si les techniques scientifiques du processus décisionnel actuellement disponibles étaient plus évidentes⁶⁸.

En réalité, les arguments de Tribe au sujet de la valeur rituelle du procès se fondent non pas sur ses connaissances de nos “deeply-felt beliefs”, mais plutôt sur ses opinions personnelles quant à ce que devraient être ces croyances. S’il s’agit là du but de son article, il serait peut-être possible d’en endosser des parties, si Tribe définissait davantage la nature exacte de ses suggestions.

Dans son article, Tribe accorde une attention toute particulière au procès criminel; il identifie de façon explicite les éléments du rite qui l’intéressent le plus. Il réfère à la présomption d’innocence, aux droits à l’avocat et au contre-interrogatoire, et au droit de l’accusé de ne pas s’incriminer comme étant “the principles [the community] holds important”⁶⁹. Il est évident, cependant, qu’il s’agit là des principes qui, selon lui, *devraient* être valorisés par la société. Imaginons comment Tribe réagirait au commentaire plausible que la majorité a perdu son respect pour le système judiciaire pénal parce qu’en insistant sur le respect de ces principes, il permet à trop de criminels d’éviter des sanctions. Notre système judiciaire, sans doute, devrait reconnaître et respecter les “croyances profondes” de la société,

67. SAKS & KIDD, *loc. cit.*, note 53, 156.

68. Voir aussi cette remarque de Tribe au début de son article:

“(A)lthough the mathematical or pseudo-mathematical devices which a society embraces to rationalize its systems for adjudication may be quite comprehensible to a student of that society’s customs and culture, those devices may nonetheless operate to distort - and, in some instances, to destroy - important values which that society means to express or to pursue through the conduct of legal trials”.

TRIBE, *loc. cit.*, note 9, 1330. Ces valeurs importantes ne peuvent être identifiées qu’après une étude minutieuse et respectueuse des institutions de la société en question. La meilleure donnée disponible est une compréhension approfondie des “rationalizations” endossées par la communauté.

69. TRIBE, *loc. cit.*, note 9, 1391-92.

mais il devrait aussi tenir compte du fait que son fonctionnement exerce une influence, positive ou négative, sur ces croyances. Comme Tribe le dit, il y avait peut-être une "sorte de sagesse"⁷⁰ même dans les procès par épreuve, mais il aurait été tout de même nécessaire au système judiciaire et aux juristes de l'époque de rechercher de nouvelles normes de preuve et de les rendre accessibles et compréhensibles pour la société.

Les penseurs faisant des recherches sur l'application des théories du processus décisionnel et des statistiques à la norme de la prépondérance de la preuve ont-ils des améliorations à suggérer? Seul le temps nous le dira. Pour le moment, il faut souligner que le développement de ces idées n'ignore pas nécessairement, comme le prétend Tribe, la gamme des valeurs complexes qui sont servies par le processus judiciaire. Au contraire, l'élaboration de ces idées met l'accent sur une perception différente mais tout aussi importante de l'aspect rituel du procès que celle avancée par Tribe. Personne ne nie l'importance pour le procès de garder sa dimension humaine; mais il est également important qu'un système judiciaire soit perçu comme étant sensible à ses erreurs et ouvert aux méthodes qui, tout en respectant d'autres principes, permettraient d'en minimiser le nombre⁷¹.

70. *Id.*, 1392.

71. Une question qui revêt un certain intérêt pour les juristes d'aujourd'hui et qui met en relief ce conflit entre "précision" et "rite", concerne la manière dont on devrait réagir aux données empiriques relevant le manque de précision dans les comptes rendus des témoins oculaires. Depuis longtemps nous reconnaissons que les tribunaux sont particulièrement confortables en rendant des décisions sur la foi de ce genre de témoignage, bien que sa valeur probante réelle ne soit pas nécessairement supérieure à celle de la preuve statistique moins bien accueillie. H. HART & J. McNAUGHTON, *Evidence and Inference in the Law*, (1958) 54-55. Il paraît également que les décisions judiciaires basées sur de tels témoignages illustrent avec éclat les aspects rituels au procès soulignés par Tribe.

Dernièrement, et à notre désarroi, nous sommes devenus plus sensibles au nombre d'erreurs dans les comptes rendus des témoins oculaires, et au fait que ce genre de témoignage est beaucoup moins fiable que l'on ne le croyait généralement. L'"intuition contemporaine profane" peut respecter et approuver la foi qui est accordée à de tels témoignages lors du procès, mais il ne faut pas ignorer les données scientifiques dévoilant leur imprécision. Le droit devrait certainement réagir à ces informations en tentant de prendre des mesures aptes à augmenter la précision. Pour une discussion plus approfondie, voir WEINSTEIN, "Book Review", (1981) 81 *Colum. L. Rev.* 441 (reviewing E. LOFTUN, *Eyewitness Testimony*, (1979)).

VI. UNE RÉPARTITION "ÉGALE" DES ERREURS?

Le Professeur Tribe critique ceux qui feraient intervenir les mathématiques au procès parce qu'ils se soucieraient d'un seul critère du processus décisionnel, soit la minimisation du nombre total d'erreurs. Pourtant l'un des auteurs qui a suscité le plus d'enthousiasme pour le "procès par mathématiques", le Professeur Finkelstein, propose un objectif tout autre que celui de minimiser les erreurs. Il suggère que le "procès par mathématiques" confirme (comme le prétend Tribe) la nécessité de preuves "particularisées" là où une preuve statistique d'ordre général a été offerte. Finkelstein soutient que la norme exigeant une probabilité de ".5 ou plus" ne peut garantir la réalisation d'une valeur possible en ce qu'elle ne répartira pas les erreurs prévisibles également entre demandeur et défendeur⁷². Cette conclusion n'est certainement pas apparente sur le plan intuitif, et Finkelstein, tout comme le Professeur Kaye dans son étude de cet argument⁷³, présentent de nombreux exemples pour l'illustrer.

Ici nous n'allons pas reproduire les preuves formelles de l'argument; plutôt, nous nous contentons d'esquisser les résultats. Dans un cas hypothétique, suite à plusieurs procès et après la fin de l'enquête, une probabilité de $P(X)$ est attribuée au degré de croyance en la prétention X du demandeur. $P(X)$ peut donc avoir toute valeur entre 0 et 1. Il n'y a aucune raison de croire que ces valeurs seraient réparties de façon égale. Supposons, par exemple, que dans la grande majorité des cas, la preuve présentée par le demandeur est très convaincante; donc, les différentes valeurs de $P(X)$, bien qu'elles se répartissent sur toute l'échelle, se trouveraient la plupart des fois entre .6 et .8. En déterminant quelle valeur de $P(X)$ choisir pour minimiser les erreurs, la règle de ".5 ou plus" vaut toujours. Bien entendu, en suivant cette règle, il y aura plus de décisions favorables au demandeur qu'au défendeur, mais ceci ne soulève aucun problème. Dans l'ensemble, les demandeurs ont présenté des causes plus fortes. Qui plus est, toutefois, le nombre d'erreurs prévisibles qui favorisent les demandeurs sera de beaucoup supérieur au nombre d'erreurs qui favorisent les défendeurs.

À titre d'illustration, dans l'exemple cité par Kaye⁷⁴, la norme décisionnelle de .5 prédit 29 décisions erronées en faveur des demandeurs et seulement 8 pour les défendeurs. La norme de .5 a donc

72. M. FINKELSTEIN, *op. cit.*, note 10, 67-68.

73. KAYE, *loc. cit.*, note 18.

74. *Id.*, 604-07. Cet exemple a fourni 130 décisions en faveur des demandeurs et seulement 18 en faveur des défendeurs. *Id.*, 604.

produit un total d'erreurs prévisibles de 37. Dans cet exemple, si la Cour décidait d'appliquer une norme qui exigeait que $P(X)$ soit supérieur à .65 avant de rendre un jugement pour le demandeur, on pourrait s'attendre à 20 erreurs favorisant les défendeurs et à 21 en faveur des demandeurs. L'alourdissement du fardeau de preuve du demandeur a eu pour effet d'"égaliser" d'une certaine manière le processus, mais au prix de l'augmentation du nombre d'erreurs prévisibles.

Finkelstein prétend que l'égalisation d'erreurs en tant qu'objectif distinct peut influencer l'interprétation de la règle de la prépondérance de la preuve:

"(T)he maximization of correct results is a strong policy, but one not invariably to be preferred when others conflict with it. ... Whether equalization of errors is the goal in any given context ought to depend on the extent to which total error would be increased by the pursuit of the equality, the degree of inequality if minimum error is achieved, and the relative importance of the competing policies"⁷⁵.

Comment opérationnaliser cette politique d'égalisation alors que la norme qui amènerait une égalité d'erreurs est de l'aveu même de Finkelstein, "unknown and in most cases unknowable"⁷⁶? Bien qu'il soit peut-être impossible d'énoncer une norme "égalisatrice" de façon explicite, Finkelstein suggère que cet objectif se trouve avancé par une interprétation de la prépondérance de la preuve semblable à celle élaborée dans l'arrêt *Sargent* et dans l'étude de Tribe:

"(I)nsistence on particular evidence should be regarded not only as a way of reducing total error, but more significantly, as a way of distributing error more equally between plaintiffs and defendants over some assumed class of cases with a common subject matter. The insistence of the *Sargent* court on such evidence may be taken as an indication that both these purposes are condensed in the standard of proof by a preponderance of evidence"⁷⁷.

Le Professeur Kaye a soulevé la faille dans cet argument⁷⁸. Les exemples numériques du "test d'égalisation" offerts par lui et Finkelstein résultent en l'établissement d'une probabilité minimale supérieure à .5, mais ceci est simplement le reflet de la distribution hypothétique des valeurs de $P(X)$ données en exemple. Si la distribution hypothétique était différente et basée davantage sur des valeurs plus basses, le test d'égalisation exigerait une décision en faveur du

75. M. FINKELSTEIN, *op. cit.*, note 10, 69.

76. *Id.*, 73.

77. *Id.*, 78. Voir *id.*, 69.

78. KAYE, *loc. cit.*, note 18, 607.

demandeur alors que $P(X)$ serait *inférieur* à .5. Ceci n'était certainement pas envisagé par l'arrêt *Sargent*, par Tribe ou par quiconque.

Au-delà de cette observation, Kaye met en doute la valeur de ce type d'égalisation.

"Mistakes do not cancel one another out: it is no solace to the defendant who should have prevailed but did not that somewhere there is or will be a similarly affected plaintiff. Unless plaintiffs and defendants are different sorts of people such that defendants deserved to be favored, I cannot imagine why we should seek this sort of 'equality' "79.

Kaye ajoute que la norme de "plus de .5" elle-même "incorporate(s) the only meaningful principle of equality between plaintiffs and defendants"⁸⁰, dans la mesure où elle découle d'une présomption d'égalité de l'inconvénient social de toute erreur, qu'elle soit en faveur d'une partie ou de l'autre.

VII. CONCLUSION

Cette discussion, au sujet de la distribution d'erreurs prévisibles, sert de rappel du peu que nous savons et pouvons espérer savoir de la sagesse ultime de nos décisions. Nous savons qu'il y aura des erreurs, mais en général nous ne saurons jamais quelles sont les décisions erronées ni quel est le degré et la distribution de ces erreurs. Face à une telle incertitude, l'utilité de la règle de la prépondérance de la preuve paraît insignifiante. Il n'est pas surprenant que des auteurs souhaiteraient l'améliorer si possible. Mais l'incertitude par rapport à tout sauf l'existence des erreurs elle-même demeure. À notre désarroi, plus on l'étudie, plus cette incertitude prend de l'ampleur. Dans cette optique, l'apport d'une interprétation de la règle de la prépondérance des probabilités qui n'exige qu'une probabilité subjective supérieure à .5 est peut être plus important qu'imaginé au début de notre examen. Il s'agit certes d'une norme peu raffinée, mais qui nous offre quelque chose de potentiellement valable, soit la prévision d'un nombre minimal d'erreurs dans les décisions judiciaires. À eux seuls, le choix

79. *Ibid.*

80. *Id.*, 608. Kaye va même jusqu'à suggérer un troisième sens du terme "égalité", soit l'exigence que la *proportion* des décisions en faveur de chaque partie qui serait erronée soit égale. *Id.*, 606, n. 21.

de cette règle et l'énoncé de la minimisation d'erreurs en tant qu'objectif ont peut-être une valeur rituelle du genre que le Professeur Tribe nous incite à considérer. Tenter d'avoir raison le plus souvent possible est peut-être le mieux qu'on puisse faire⁸¹.

81. Récemment, la Cour suprême des États-Unis a donné son appui à ce que les problèmes du fardeau de la preuve soient abordés en prenant en considération de façon explicite les risques d'erreurs inhérents au processus judiciaire. Voir *Santosky v. Kramer*, 102 S.Ct. 1388 (1982); *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979).