

L'UTILISATION D'OUTILS NEUROSCIENTIFIQUES EN DROIT CRIMINEL CANADIEN: UN REGARD COMPARE POUR UNE ETHIQUE REFLEXIVE

*Isabelle Drean-Rivette**

Issu du modèle nord-américain, le droit canadien retient en France toutes les attentions. Polygraphe, pléthysmographe... son système punitif attire autant qu'il fascine par l'utilisation d'outils neuroscientifiques intégrés aux pratiques juridiques d'outre atlantique. Est-ce à dire que le "neurolaw" du nouveau continent doit s'exporter pour devenir le "neurodroit" de l'ancien? Loin d'offrir un prêt-à-penser sur les neurosciences et leur influence sur les politiques publiques, il s'agira à partir d'une dialectique comparée d'initier une réflexion qui mettra l'accent sur la particularité de chacun de ces systèmes juridiques. Au même titre que le regard comparé, le processus qui consiste à prendre en compte pour intégrer les avancées scientifiques dans un cadre juridique, ne peut pas faire l'économie d'une pensée réflexive sur son système. Seule une réflexion éthique, à partir et dans le respect de ses fondements, permet à un modèle juridique de poursuivre sa construction et évolution.

Everybody in France is very interested in the Canadian system. Polygraph, plethysmograph ... the use of neuroscientific tools by the common law is amazing. Nevertheless, is it possible to export the North American model of "neurolaw" to become the European model of "neurodroit"? In fact, the most important is to think about the particularity of each model. The comparative reflection is particularly useful to understand the spirit of the law, the place of neurolaw and its influence on public policy.

* Ancien avocat au Barreau de Montréal (Canada), psychocriminologue, auditeur de justice.

I INTRODUCTION

Dura lex, sed ... neuro-lex¹? ... Peut-être mais ... ab origine fidelis².

En expliquant certains phénomènes cognitifs différemment, l'avènement des neurosciences est de nature à bouleverser bon nombre de nos représentations. Le monde juridique n'est pas à l'abri de ces bouleversements. Il est intéressant de relever que le mode d'appréhension et de traitement de la réception de ces neurosciences, ne pose pas les mêmes interrogations, questionnements et positionnements éthiques selon que l'on se situe en droit continental ou en droit de Common Law.

En effet, un regard comparé des systèmes juridiques canadien et français qui représentent à eux deux les deux systèmes juridiques occidentaux, permet de mesurer à quel point ceux-ci sont le résultat de rencontres, de conjonctions et d'évolutions à la fois historiques, culturelles, anthropologiques..., qui viennent donner une coloration bien spécifique à leur façon de penser et de concevoir le droit et, par la même, la façon selon laquelle le droit intègre de nouvelles disciplines connexes.

II ILLUSTRATIONS CANADIENNES DE L'UTILISATION D'OUTILS NEUROSCIENTIFIQUES DANS LA PRATIQUE JURIDIQUE: L'EXEMPLE DU POLYGRAPHE ET DU PLETHYSMOGRAPHE

En droit criminel³ canadien, comme en droit de la preuve⁴, il est régulièrement fait usage d'outils neuroscientifiques pour établir la preuve circonstanciée de la commission d'une infraction. C'est dans ce cadre que l'on recourt par exemple au polygraphe, plus couramment appelé détecteur de mensonges.

A Le Polygraphe ou Détecteur de Mensonges

Le terme "polygraphe" provient des mots grecs *poly* signifiant plusieurs et *graph* signifiant écrit. Le nom désigne la manière dont certaines activités physiologiques sont simultanément recueillies, mesurées et enregistrées. Il s'agit, en l'espèce, d'un:⁵

1 La loi est dure mais c'est la neuro-loi?

2 Sans oublier ses origines.

3 Le droit criminel canadien correspond au droit pénal général français.

4 Le droit de la preuve correspond à la procédure pénale française.

5 Cette définition provient du collège canadien de police, instance relevant du gouvernement du Canada. Ce collège offre une formation pour devenir expert en polygraphie. A titre indicatif, cette formation comprend trois étapes: une phase théorique de onze semaines (52 jours) comprenant

appareil qui comprend des dispositifs médicaux servant à surveiller les réactions physiologiques d'une personne. En examinant les réactions physiologiques d'un sujet qui répond à une question lors d'une enquête, l'expert en polygraphie peut déterminer si le sujet ment.

1 *Présentation du polygraphe*

Un polygraphiste peut utiliser un polygraphe analogique, cependant, aujourd'hui, la plupart des examens polygraphiques sont administrés en utilisant une technologie informatique⁶.

De manière concrète, le déroulement du test se passe de la façon suivante: avant de débiter un examen polygraphique, le polygraphiste attachera divers composants indolores sur le corps du sujet, connectant ainsi ce dernier au polygraphe. Ces composants sont munis de capteurs servant à recueillir, à mesurer et à enregistrer, sur des tracés polygraphiques, les données physiologiques du sujet obtenues de trois systèmes majeurs du corps humain que sont: le système cardiovasculaire (fréquence cardiaque, pression sanguine, volume sanguin); le système respiratoire (modes de respiration); et le système électrodermal (activité des glandes sudoripares) – lorsque ce dernier ou cette dernière répond à une série de questions relativement à un événement spécifique au cours d'un examen polygraphique⁷.

L'ensemble des données fait ensuite l'objet d'un traitement informatique par un logiciel spécifique. A la croisée du développement des neurosciences et de l'informatique, le polygraphe a, depuis 1992, fait son entrée dans l'ère numérique. Plus concrètement, en 1993, des statisticiens de l'Université Johns Hopkins *Applied Physics Laboratory* au Maryland ont complété un logiciel appelé PolyScore, qui utilisait un algorithme mathématique sophistiqué pour analyser les données polygraphiques afin d'estimer une probabilité du niveau de mensonge ou de la sincérité d'un sujet. PolyScore 3.0 Polygraph Software fut développé en analysant les données des examens polygraphiques administrés dans 624 cas criminels réels dans lesquels 303 suspects étaient véridiques et 321 suspects étaient mensongers. En 2003, PolyScore 5.1 Polygraph Software fut développé en analysant les

une formation théorique et des exercices pratiques; une phase de stage de deux semaines (10 jours) au cours de laquelle le participant est sous la supervision directe d'un instructeur désigné; une phase d'accréditation d'une durée de huit mois (124 jours), au cours de laquelle le participant doit réaliser au moins 25 tests polygraphiques réels. Pour des informations supplémentaires voir le site suivant <www.cpc.gc.ca/fr/experts-en-polygraphie-cep>.

6 Ces propos sont issus du site internet de M John Galianos, polygraphe expert de renommée nationale au Canada. Pour plus d'informations voir le lien suivant <www.galianospolygraphe.com>.

7 Ibid.

données des examens polygraphiques administrés dans 1 411 cas criminels réels fournis par le *Department of Defence Polygraph Institute* des États-Unis pour fins d'étude et de comparaison. PolyScore est un algorithme pour l'évaluation des tracés polygraphiques qui utilise la probabilité statistique pour arriver à la véracité ou à la déception. Il a été démontré que les algorithmes validés ont excédé 98% dans leur exactitude pour quantifier, analyser et évaluer les données physiologiques obtenues des examens polygraphiques administrés dans les cas criminels réels⁸.

2 *Place du polygraphe dans la pratique juridique criminelle*

L'utilisation juridique du polygraphe mérite quelques précisions qui viseront à distinguer son usage en théorie et en pratique.

Sur le principe, la Cour Suprême du Canada, *es* qualité de la plus haute instance juridique du pays, a, à plusieurs reprises, discuté de l'admissibilité de la preuve par polygraphe en matière criminelle. Elle a finalement opté, depuis 1987, pour une position de rejet posant le principe selon lequel l'examen polygraphique et son résultat ne sont pas admissibles en preuve au Canada dans le système de justice pénale. Cette position a été prise dans la décision désormais de référence *La Reine contre Béland et Phillips*⁹. Dans cette affaire le juge Mc Intyre s'exprimait en ces termes:¹⁰

En conclusion, ayant examiné les règles de preuve bien établies et appliquées depuis longtemps par nos tribunaux, je suis d'avis que le détecteur de mensonges n'a pas de place dans le processus judiciaire dans la mesure où l'on s'en sert comme moyen de déterminer ou de vérifier la crédibilité des témoins.

L'idée sous tendue par cette position peut se résumer de la façon suivante: les résultats d'un examen polygraphique constituent une opinion émise par un polygraphiste. Les preuves de ce type ne doivent en aucun cas se substituer au rôle du juge et des jurés pour décider de la crédibilité d'un témoin¹¹.

Toutefois, le témoignage d'un polygraphiste peut être entendu dans le cadre de la procédure d'un voir-dire¹² quand une confession a été obtenue. Sur ce point, la

8 Ibid.

9 *RC Béland* [1987] 2 RSC (Recueil de la Cour Suprême du Canada) 398.

10 Ibid.

11 Le terme de témoin est ici à remettre dans le contexte de la procédure pénale de type accusatoire. Dans une telle procédure, le principal prévenu ou accusé mais également, la victime ou toutes autres personnes, ont la qualité de témoins.

12 En droit de la preuve canadien, la procédure de voir-dire désigne un procès ou une audience dans le cadre d'un procès pour déterminer si la preuve avancée par une partie ou l'autre est admissible. Si, à la fin du voir-dire, la preuve est jugée inadmissible, elle ne peut être prise en considération

décision de 2000: *La Reine contre Oickle*¹³ fait référence. En l'espèce, les faits étaient les suivants: au cours d'une enquête policière pour huit incendies criminels, le suspect Richard Floyd Oickle accepte de se soumettre à un test polygraphique. A l'issue de l'épreuve, l'officier l'informe qu'il a échoué. Au cours d'un interrogatoire subséquent, M Oickle reconnaît les faits. Le juge du procès statuant dans le cadre d'un voir-dire considère les déclarations du suspect comme volontaires et admissibles et entre ainsi en voie de condamnation à son encontre. La Cour d'Appel de la Nouvelle-Ecosse¹⁴, en désaccord avec les conclusions du juge du procès, inscrit un acquittement. Le 29 septembre 2000, la Cour Suprême du Canada statue que la confession de Richard Floyd Oickle a été donnée volontairement, les conclusions du juge de première instance sont confirmées et la condamnation restaurée.

En pratique, l'influence des origines accusatoires de la procédure canadienne offre un usage particulier des résultats des tests polygraphiques. En effet, modelable en fonction des personnes, la procédure canadienne de négociation aussi appelée *plea bargaining* se rapporte à la pratique courante selon laquelle la poursuite et la défense négocient entre elles la détermination finale d'une affaire pénale. Dans sa forme la plus commune, l'entente conclue prévoit que l'accusé plaidera coupable à un ou plusieurs chefs d'accusation en retour de l'abandon de certains autres chefs; les parties se seront, en plus, souvent entendues sur la peine qui devrait être imposée en l'espèce¹⁵.

Par ailleurs, il faut savoir que dans le cadre de la négociation entre la défense et le Procureur de la Couronne, dans l'hypothèse où ceux-ci sont favorables à la défense, il est fait usage dans les échanges verbaux et autres négociations des résultats positifs à un test polygraphique¹⁶. Il s'agit ici d'une pratique courante non écrite et non établie légalement, mais qui vise à fournir des éléments caractérisant une certaine bonne foi de la défense, c'est à dire autant d'atouts lui permettant de négocier les chefs d'accusation et la peine à venir.

pour déterminer la culpabilité d'un intimé. Dans les procès devant jury, le voir-dire est mené en l'absence du jury et la procédure ne peut faire l'objet d'un compte rendu ou être publiée.

13 *RC Oickle* [2000] 2 RSC (Recueil de la Cour Suprême du Canada) 3 Dossier 26235.

14 Il s'agit de l'une des dix provinces du Canada.

15 JP Perron *La négociation en droit pénal* (Collection de Droit de l'Ecole du Barreau du Québec, 2009-2010, n° 12, Droit Pénal, Infractions, Moyens de défense et peines) 299.

16 Ce test polygraphique est dans ce cadre initié par l'avocat de la défense qui, dans les faits, dispose de pouvoirs proches de celui d'un juge d'instruction en France. A sa demande, le client prend alors à sa charge les frais inhérents à la passation du test polygraphique. En fonction des résultats, l'avocat décidera ensuite de faire ou non un usage verbal de ces résultats dans le cadre de la négociation avec le Procureur de la Couronne.

3 *Place du polygraphe dans la pratique juridique civile*

L'état du droit, quant à l'admissibilité de la preuve par polygraphe en matière civile, est quant à lui beaucoup plus incertain et source de divergences:¹⁷

Le résultat d'un examen polygraphique peut être recevable devant un tribunal civil ou au tribunal du travail. La loi, cependant, en ce qui a trait à la recevabilité de telles preuves, n'est pas claire et des tribunaux civils à travers le Canada ont adopté une variété de vues, allant de l'acceptation pleine et entière de la preuve par polygraphe, à l'acceptation partielle, à la non-acceptation. Certains juges ont estimé que la décision du juge McIntyre dans *R C Béland et Phillips* s'applique à la société civile ainsi que pour les affaires pénales, tandis que d'autres ont pris la position que toute preuve de la crédibilité des témoins – si probant et pertinent – doit être admise, y compris la preuve par polygraphe.

En matière civile, c'est surtout dans le domaine des assurances qu'il est fait usage du polygraphe. Les assureurs cherchent en effet par ce moyen particulier à réduire les pertes occasionnées par les réclamations frauduleuses. La preuve par polygraphe a alors lieu lorsque l'assureur requiert de l'assuré que celui-ci se soumette volontairement à l'examen. Le but est toujours d'aider l'assureur dans son évaluation de la crédibilité du réclamant ou du témoin. Plus occasionnellement, il est également fait usage du polygraphe en droit du travail. A ce titre, l'actualité concernant le recrutement d'agents des services de police de la ville de Québec, de la province du même nom au Canada, a retenu l'attention. Afin de mesurer la bonne foi et le degré de motivation de ses futures recrues "les agents qui veulent décrocher un emploi au service de police de la Ville de Québec devront désormais réussir le test du détecteur de mensonges"¹⁸.

Recourir aux sciences pour tenter de mesurer ou détecter le mensonge n'est pas un phénomène nouveau. La période antique utilisait des méthodes considérées à l'époque comme objectives et à caractère scientifique pour appréhender la notion de vérité. On se souvient de l'épreuve de la question, de l'huile bouillante... Sur ce point, il n'est pas sans intérêt de relever que c'est à un certain Cesare Lombroso, un des pères fondateur de la criminologie du XIX^{ème} siècle, que l'on doit la première utilisation d'un instrument scientifique visant à mesurer les réponses physiologiques. Ce dernier avait modifié un instrument existant appelé hydrospymographe pour l'utiliser lors de ses expériences afin de mesurer les

17 Ces propos sont issus du site internet de M. John Galianos, polygraphe expert de renommée nationale au Canada. Pour plus d'informations, voir le lien suivant <www.galianospolygraphe.com>.

18 Article du quotidien *La Voie de l'Est*, en date du 14 janvier 2011.

changements physiologiques dans la pression sanguine et le pouls d'un suspect lorsqu'il était interrogé par la police.

B Le Pléthysmographe ou le Détecteur de Mensonges Pénien

Le droit criminel fournit au quotidien une autre illustration de l'utilisation qui est faite, par le droit, d'outils neuroscientifiques. Il est ainsi particulièrement fait usage en matière d'agressions sexuelles et de viol, notamment sur mineurs, du pléthysmographe pénien aussi appelé test phallométrique.

1 Présentation de la pléthysmographie pénienne

La pléthysmographie est un ensemble de méthodes servant à mesurer le flot sanguin. Le mot provient du grec *plethysmo* qui signifie augmentation. Cette technique scientifique consiste à mesurer l'augmentation du volume sanguin, lors de l'occlusion du retour veineux. Elle est principalement utilisée en pneumologie. Toutefois, de la rencontre du monde juridique, criminologique et scientifique canadien, est né un usage bien particulier: la pléthysmographie pénienne.

Sorte de détecteur de mensonges pénien, cet outil neuroscientifique consiste à enregistrer les changements d'amplitude de la circonférence pénienne lors de la présentation, à l'aide de divers médias (par exemple, des bandes sonores, des photographies, des films), de *stimuli* dont le contenu comporte des éléments de sexualité, de violence, ou la combinaison des deux¹⁹. L'utilisation clinique de cette modalité d'évaluation, soutenue par une multitude d'études à son sujet, est répandue en Amérique du Nord²⁰.

Cette technique consiste à enregistrer les réponses pénienes du client lors de la présentation de *stimuli* sexuels déviants et non déviants. Les données obtenues permettent de quantifier les préférences sexuelles selon trois dimensions: le sexe, l'âge et le comportement. Ce test est réalisé dans un établissement spécialisé et plus particulièrement à l'Institut Philippe Pinel de Montréal²¹.

19 WL Marshall, YM Fernandez *Phallometric testing with sexual offenders: Theory, research, and practice* (Brandon, VT: Safer Society Press, 2003).

20 M Goyette, D Trottier, JL Rouleau, P Renaud et N Longpré *Exploration d'indicateurs physiologiques liés aux intérêts sexuels envers les mineurs, in L'agression sexuelle: transformations et paradoxes, Textes choisis*, sous la direction de Monique Tardif, 5ème congrès international francophone sur l'agression sexuelle, CIFAS 2009, 236-255.

21 L'Institut Philippe Pinel est une référence mondiale. Il s'agit d'un hôpital psychiatrique spécialisé en psychiatrie légale. Pour plus d'informations, voir <www.pinel.qc.ca>.

2 *La combinaison de la pléthysmographie pénienne et de la vidéo-oculographie*

Cet outil neuroscientifique fait actuellement l'objet d'études récentes qui viseraient à compléter l'usage de la pléthysmographie pénienne par l'utilisation d'un autre instrument de mesure, en l'espèce la vidéo-oculographie. En l'espèce, il s'agit ici d'affiner l'analyse par la combinaison croisée d'indicateurs issus de la vidéo-oculographie et de la pléthysmographie pénienne. En effet, la pléthysmographie pénienne demeure reconnue, malgré ses limites, comme étant la mesure étalon dans ce domaine de la psychologie²². Dans cette perspective, il est possible de croire que l'utilisation de la pléthysmographie, combinée à d'autres mesures physiologiques comme la vidéo-oculographie, pourrait permettre d'en améliorer les propriétés psychométriques²³. Appliquée à l'évaluation des intérêts sexuels envers les mineurs, la vidéo-oculographie consiste en l'utilisation combinée d'un système de suivi oculomoteur et de la présentation d'une série de personnages numériques nus, masculins et féminins, représentant diverses tranches d'âge²⁴. Le but est ici de recourir à l'utilisation de personnages numériques afin d'évaluer, par la combinaison d'indicateurs oculaires et péniers, la présence d'intérêts sexuels envers les enfants chez des agresseurs sexuels de mineurs²⁵.

3 *Place de la pléthysmographie pénienne dans la pratique juridique criminelle*

Dans la pratique criminelle judiciaire canadienne, la pléthysmographie pénienne porte un nom aussi spécifique qu'évocatrice de l'intérêt qu'on lui porte: reine des preuves. En effet, dans le cadre d'agressions sexuelles et de viol, plus particulièrement sur mineurs, la pléthysmographie pénienne fera partie du tout premier élément de discussion entre la défense et le Procureur de la Couronne dans le cadre de la négociation pénale. Si, à l'issue de ce test, un résultat est jugé comme

22 Pour plus d'informations, voir EJ Letourneau *A comparison of objective measures of sexual arousal and interest: Visual reaction time and penile plethysmography*. *Sexual Abuse A Journal of Research and Treatment*, 2002, 14 (3), 207-223.

23 P Renaud, JL Rouleau, L Granger, I Barsetti, S Bouchard "Measuring sexual preferences in virtual reality: A pilot study" (2002) 5(1) *CyberPsychology and Behavior* 1-9.

24 P Renaud, J Proulx, JL Rouleau, J Bradford, P Fedoroff, S Bouchard "L'utilisation de personnages virtuels et de technologies de suivi oculomoteur en clinique de la délinquance sexuelle" (2007) 28(2) *Revue Québécoise de Psychologie* 31-42; M Goyette, D Trottier, JL Rouleau, P Renaud et N Longpré "Exploration d'indicateurs physiologiques liés aux intérêts sexuels envers les mineurs, in *L'agression sexuelle: transformations et paradoxes*" Textes choisis, sous la direction de Monique Tardif, 5ème congrès international francophone sur l'agression sexuelle, CIFAS 2009, 236-255.

25 *Ibid*, 249.

peu favorable à la défense, les chances pour celle-ci de négocier les incriminations, puis la peine, se trouvent en effet considérablement réduites.

III NEUROSCIENCES ET DROIT COMPARE: DES OUTILS AU SERVICE D'UNE PENSEE REFLEXIVE

En se plaçant du point de vue français, le recours aux neurosciences que constitue l'usage du polygraphe ou du pléthysmographe en droit criminel canadien suscite des interrogations et mérite réflexion. L'illustration fournie par ces deux outils révèle à elle seule en effet beaucoup de choses. Elle permet surtout de mesurer à quel point, du nouveau à l'ancien continent, il existe deux cultures juridiques fondamentalement différentes.

A Outils Neuroscientifiques et Système de Droit de Common Law

L'utilisation qui est faite des neurosciences au Canada, et plus largement en Amérique du Nord, doit être analysée à la lumière de ce qui caractérise le système de droit de Common Law. Elle est en effet la manifestation concrète d'une justice actuarielle omniprésente sur tout le nouveau continent.

1 Empirisme et pragmatisme: règne de la justice quantitative ou actuarielle

Cette justice quantitative faite de chiffres, d'algorithmes, de probabilités, présente la principale particularité de raisonner non pas en termes de dangerosité et de responsabilité, concepts clés du système continental de justice pénale, mais bien en termes d'évaluation et de prédiction du risque (de récidive). En d'autres termes, là où l'ancien continent privilégie la personne, le nouveau continent privilégie l'acte.

Sur ce point, la sémantique est ici importante à relever. L'expression actuarielle tire son nom du mot actuariaire utilisé pour parler des spécialistes des statistiques et des probabilités, appliqués aux opérations d'assurance et de finance. Plus précisément, les actuaires sont des professionnels qui analysent l'impact financier du risque, en évaluant les futurs associés. Les actuaires utilisent des techniques en mathématiques, en économie et en statistiques pour modéliser certains événements futurs, telle que la durée de la vie humaine ou les pertes pécuniaires associées aux accidents²⁶. Cette justice pénale pense la dangerosité, non pas à partir d'une évaluation clinique personnalisée, mais selon un calcul statistique, qui transpose au

26 I Dréan-Rivette *De la criminologie en Amérique: perspectives comparées France-Canada* (L'Harmattan, Collection Controverses, 2011) 35.

comportement humain les méthodes mises au point par l'assurance pour calculer les risques²⁷.

2 *La rencontre du droit et des neurosciences: une harmonisation*

Ce sont par des exemples aussi concrets que l'on mesure à quel point derrière la distinction entre la procédure accusatoire (caractéristique du droit de Common Law) et la procédure inquisitoire (caractéristique du droit continental), c'est toute une représentation et une utilisation spécifique du droit qui en découlent. La culture juridique n'est en effet pas la même.

Mesurer, quantifier et évaluer un acte pour en apprécier le risque potentiel de récidive n'engage pas de la même façon que le jugement porté sur la culpabilité d'un individu. D'ailleurs, dans le système de Common Law l'affirmation de la culpabilité ou de la non culpabilité d'un individu lui appartient en propre, par le choix qu'il opère en début de procédure, et qui consiste à plaider coupable ou non coupable²⁸. De la même manière, les deux parties²⁹, que sont la défense et le Procureur de la Couronne, ont en charge l'établissement de preuves au soutien de leurs intérêts respectifs. C'est en effet chacune d'elle qui, dans une démarche active, assume personnellement et financièrement la recherche de preuves. C'est la raison pour laquelle à chaque preuve sera opposée une contre-preuve, et chaque interrogatoire sera suivi d'un contre-interrogatoire.

En effet, dans le système de Common Law de type accusatoire, chacune des parties se doit d'être entendue dans le débat procédural pour faire entendre et défendre ses prétentions et ce, à tout instant. Dans un tel système, on procède à la confrontation directe de deux récits. Le juge et les jurés, *es* qualités d'arbitres, ont pour mission, à partir de cette confrontation, de chercher à faire émerger une vérité judiciaire, ou plus exactement la vérité la plus "vraisemblable". L'administration de la preuve s'effectue (donc) à l'audience par les parties devant un juge passif (...). Il s'agit d'un combat judiciaire dans lequel deux parties s'affrontent pour faire émerger une vérité. Plus précisément, "la culture juridique de common law (...) organise la confrontation de deux versions pour faire triompher publiquement la

27 Ibid, 36.

28 Dans la majeure partie des cas, c'est à dire environ 90%, les personnes poursuivies plaident coupable.

29 Dans un système accusatoire la victime n'est pas une partie au procès. Elle seulement entendue à titre de témoin du Procureur de la Couronne.

plus vraisemblable"³⁰. Ce mode procédural est à rattacher à une certaine conception de la vérité héritée du protestantisme. En effet, celui-ci:³¹

Est marqué par un fort individualisme ... car c'est toujours l'individu, en dernière instance, qui doit consentir librement à être assujéti aux obligations religieuses. La Réforme a voulu affirmer l'individu en le libérant du joug d'une tradition biblique et d'un clergé qui avaient corrompu la pureté de la morale chrétienne et la vérité de la foi.

C'est dans le cadre de la recherche de preuves que chacune des parties est amenée à recourir à l'utilisation d'outils neuroscientifiques, comme le polygraphe ou la pléthysmographie pénienne. Elles sont donc à l'origine les instigatrices du recours à ces outils neuroscientifiques. Ensuite, chacun des éléments de preuve fera l'objet de discussion et surtout de négociation entre les parties. Par exemple, accepter de plaider coupable pour la défense lui permettra de négocier le retrait d'un ou plusieurs chefs d'inculpation, ou un résultat considéré comme bon à une pléthysmographie pénienne permettra de négocier la peine.

Ce qui est important ici à souligner, c'est que l'esprit de cette justice actuarielle s'intègre, et est en parfaite cohérence avec les fondamentaux du système de droit de type Common Law. Pragmatique et jurisprudentiel, le système pénal nord-américain a une culture juridique marquée par l'influence du protestantisme où la représentation et la fonction de la loi sont empiriques. En Common Law, on part d'abord de l'individu, du cas d'espèce pour lequel il convient de trouver une solution. On s'adapte au réel. Le droit part du terrain, de la réalité humaine dans un mouvement allant du bas vers le haut. Dans un tel système le mode de raisonnement est de type inductif³².

En effet, sans que cela soit explicité ouvertement, la culture juridique pénale de Common Law repose sur une fonction symbolique du droit bien particulière. Caractérisé par un pluralisme horizontal, Mirjan Damaska³³ parle de modèle coordonné, le droit pénal anglo-saxon part du réel avec une diversité d'intervenants. Dans un système de Common Law, fondé sur la culture du précédent, c'est l'homme qui prime d'abord, sous l'inspiration de principes d'humanité. Un tel

30 A Garapon et I Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France* (Odile Jacob, 2003) 123.

31 Ibid, 124.

32 I Dréan-Rivette "La criminologie: un outil de gouvernance pénale: approche comparée France-Canada, Criminologie états des lieux" *AJ pénal*, 2009.

33 MR Damaska *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process* (Yale University Press, New Haven, 1986).

système porte en lui implicitement la marque d'une préexistence des relations sociales³⁴.

Dans ces circonstances où l'empirisme est roi, les usages divers et variés des sciences, l'ouverture aux disciplines connexes, les essais-erreurs qui y sont inhérents, s'intègrent tout a fait à l'esprit qui gouverne la Common Law. De cet empirisme sur fond de consensus, dont le plea bargaining représente la plus concrète illustration procédurale, on ne cherche pas La vérité, on vise à l'établissement d'une vraisemblance des faits. Dans ce mode de fonctionnement pluriel, les neurosciences peuvent coexister, et même précéder la law pour donner naissance à ce concept de *neurolaw*. Sur ce point, la sémantique est ici aussi importante que significative.

Ces utilisations juridiques nord américaines des neurosciences pourraient-elles être applicables en France? Ne seraient-elles pas de nature à heurter certains droits fondamentaux et libertés individuelles? Plus exactement et en d'autres termes, leur utilisation pourrait-elle s'intégrer au sein du droit continental?

B Outils Neuroscientifiques et Système de Droit Continental

L'usage qui est fait des neurosciences par le droit canadien peut au premier abord séduire. Toutefois, cela ne doit pas conduire à vouloir plaquer cette utilisation au modèle continental. Un tel raisonnement présenterait en effet le risque d'omettre qu'une telle utilisation ne prend sens qu'à l'intérieur d'un système juridique qui lui est propre, qui repose lui-même sur des fondamentaux qui lui sont tout aussi propres. Sur ce point, la poursuite du voyage en droit comparé permet d'apprécier la différence abyssale existant entre l'esprit de la Common Law et l'esprit du droit continental.

1 Légalisation et codification: règne de la justice qualitative

Système fondamentalement théorique et légal, le droit continental, qui a pour principale caractéristique d'être codifié, obéit au principe inverse de celui de la Common Law. C'est ici le règne de l'imposition de la loi, source première et unique par essence, non discutable et non négociable. "Le droit français part de la règle de droit codifiée qui va ou non s'appliquer au cas d'espèce à partir d'un raisonnement de type déductif"³⁵. A l'inverse du mode de fonctionnement caractéristique de Common Law, on ne s'adapte pas au réel, on adapte le réel à une règle de droit

34 I Dréan-Rivette *De la criminologie en Amérique: perspectives comparées France-Canada* (L'Harmattan, Collection Controverses, 2011) 28.

35 I Dréan-Rivette "La criminologie: un outil de gouvernance pénale: approche comparée France-Canada, Criminologie états des lieux" (2009) *AJ pénal* 258-260.

préexistante³⁶. En effet, la culture juridique pénale de droit continental repose sur une fonction symbolique du droit bien particulière. Caractérisé par un monisme vertical, Mirjan Damaska³⁷ parle de modèle hiérarchisé, le droit pénal continental se fonde sur la primauté du droit substantiel considéré comme un droit préexistant aux relations.

Ce système juridique de type inquisitoire, reposant sur le principe de l'intime conviction, obéit à l'idée selon laquelle La vérité est censée exister et que l'on y accède directement par l'ascèse intellectuelle et la probité d'un homme. La vérité est déjà là et il faut la confirmer. Pour ce faire, le droit part d'un principe supérieur pour s'adapter à une réalité humaine dans un mouvement allant du haut vers le bas. Dans un système continental, fondé sur le culte de la loi, c'est le droit qui prime d'abord, inspiré en cela d'un principe d'humanisme³⁸. De même, l'établissement de la vérité est aux mains, non pas des parties, mais du juge.

2 *La rencontre du droit et des neurosciences: une contradiction?*

Sans apporter de réponse précise et immédiate, ce qui n'est d'ailleurs jamais de bon augure pour la discipline juridique qui par définition a besoin de temps, le regard comparé sur la question de l'utilisation des neurosciences par le droit a le mérite de susciter des interrogations d'ordre épistémologique.

Elle permet aussi et surtout, dans une démarche réflexive, de revisiter les bases de notre culture juridique dont on a bien souvent plus conscience. Plus précisément, ce voyage en droit comparé entre le Canada et la France, initié par l'utilisation d'outils neuroscientifiques, comme le polygraphe ou la pléthysmographie pénienne, amène à réfléchir sur les fondements mêmes de chacun de ces deux systèmes de droit. Il permet de voir que c'est toute une représentation du droit, et surtout un rapport et un mode de production de la vérité, qui distingue le système de Common Law du système continental. Au vraisemblable pour un compromis, issu de la confrontation de deux parties adverses et actives, s'oppose le vrai, émanant du seul juge, pour un jugement sur la culpabilité et la peine.

En effet, par distinction, le modèle procédural inquisitoire obéit (...) à un mode de production de la vérité largement inspiré des fondamentaux culturels continentaux. On retrouve, en effet, les caractéristiques d'un système moniste et

36 Ibid.

37 MR Damaska *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process* (Yale University Press, New Haven, 1986).

38 I Dréan-Rivette *De la criminologie en Amérique: perspectives comparées France-Canada*" (L'Harmattan, Collection Controverses, 2011) 34.

d'une centralisation³⁹. En matière de production de la vérité, le système inquisitoire "recherche la substance de la vérité en tentant d'établir un récit officiel au moyen du prononcé d'un jugement par un magistrat"⁴⁰. La vérité judiciaire n'émerge plus de la confrontation de deux récits comme c'est le cas dans le système accusatoire; elle résulte de la mise en récit effectuée par un seul homme: le juge. C'est en effet au juge enquêteur à qui il revient d'établir "une version officielle". La vérité judiciaire est assénée par un "ministre de vérité". C'est bien au juge, et à lui seul, qu'il revient d'établir la vérité judiciaire. A la lumière de ce droit codifié et normé, peu de place est laissée aux parties, qui n'ont d'autres choix que de faire avec cette norme qui vient d'en haut, personnifiée par le juge.

Ce mode procédural a une certaine conception de la vérité héritée du catholicisme. Celui-ci est en effet:⁴¹

Très marqué par la centralisation de l'Eglise et, par extension, de l'autorité doctrinale de l'institution ecclésiastique. Universalité (ou "catholicité") et hiérarchisation garantissent la domination intellectuelle de l'Eglise, c'est-à-dire l'institution sur la vie. ... Dans cette culture, les vérités dogmatiques et les normes morales sont dispensées d'en haut, et au moment de trancher un conflit dans la vie d'une communauté, on fait spontanément appel à l'autorité de l'institution ecclésiale, dépositaire des normes et gestionnaire d'un fond de vérité.

Dans de telles circonstances, compte tenu des fondements mêmes du droit continental, il semble difficile de croire à l'éventuelle consécration du "neuro-droit", c'est à dire un concept donnant la primauté à une science connexe par rapport au droit. Cela viendrait en effet en opposition même avec la fonction symbolique du droit telle qu'elle existe en France, où celui-ci est et sera toujours premier.

A ces questions d'ordre théorique s'en ajoutent d'autres, d'ordre plus pratique, au premier rang desquels se trouve la question du financement de ces recours aux neurosciences. En effet, à la différence de ce qui se passe en pays de Common Law, où les parties dans leur participation active au procès en sont également les pourvoyeuses de fonds, le financement à de tels recours en droit continental nécessiterait un financement étatique relevant de la seule discrétion d'un juge.

39 I Dréan-Rivette *De la criminologie en Amérique: perspectives comparées France-Canada* op cit, n 38, 57.

40 A Garapon, I Papadopoulos *Juger en Amérique et en France* (Odile Jacob, 2003) 123.

41 Ibid, 124.

IV CONCLUSION

Loin d'opposer les deux systèmes il s'agit peut être de garder à l'esprit que le rapport à la vérité judiciaire doit toujours être pris avec beaucoup de précaution. Il n'y a pas un système moins infallible qu'un autre. L'utilisation qui est faite en Amérique du Nord de certains outils neuroscientifiques pour la recherche de preuves est en lien direct avec une certaine représentation et un mode de production de la vérité inhérents à la culture anglo-saxonne. Ces paradigmes sont différents sur l'ancien continent. C'est la raison pour laquelle tout usage éclairé des neurosciences doit se faire, à partir et dans le respect, des fondamentaux de chacun des systèmes juridiques.

Plus largement, et au delà de tout paradigme, il s'agit de garder à l'esprit que la vérité judiciaire n'est toujours que reconstruction. Cela préserve du risque de céder au fantasme de la toute puissance scientifique qui permettrait d'aboutir à une vérité "parfaite". Il n'y a jamais de vérité absolue, pas plus qu'il n'existe par opposition, de mensonge absolu. D'ailleurs ne peut-on définir le mensonge comme "la traduction d'une vérité subjective"⁴².

Références bibliographiques

MR Damaska *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process* (Yale University Press, New Haven, 1986)

I Dréan-Rivette

De la criminologie en Amérique: perspectives comparées France-Canada (L'Harmattan, Collection Controverses, 2011)

La criminologie: un outil de gouvernance pénale: approche comparée France-Canada, *Criminologie états des lieux*, AJ pénal, 2009

Le mensonge: la logique d'une économie psychocriminologique, in *Le mensonge en droit pénal*, AJ pénal, 2008, p 122-124

A Garapon et I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France* (Odile Jacob, 2003)

M Goyette, D Trottier, JL Rouleau, P Renaud et N Longpré, "Exploration d'indicateurs physiologiques liés aux intérêts sexuels envers les mineurs" in *L'agression sexuelle: transformations et paradoxes*, Textes choisis, sous la direction de Monique Tardif, 5ème congrès international francophone sur l'agression sexuelle, CIFAS 2009, p 236-255

42 I Dréan-Rivette "Le mensonge: la logique d'une économie psychocriminologique" in *Le mensonge en droit pénal* (AJ pénal, 2008) 122-124.

EJ Letourneau, "A comparison of objective measures of sexual arousal and interest: Visual reaction time and penile plethysmography" *Sexual Abuse, A Journal of Research and Treatment*, 2002, 14 (3), p 207-223

WL Marshall, YM Fernandez *Phallometric testing with sexual offenders: Theory, research, and practice* (Safer Society Press, Brandon, 2003)

JP Perron, *La négociation en droit pénal*, Collection de Droit de l'Ecole du Barreau du Québec, 2009-2010, n° 12, Droit Pénal, Infractions, Moyens de défense et peines, p 299

P Renaud, JL Rouleau, L Granger, I Barsetti, S Bouchard "Measuring sexual preferences in virtual reality: A pilot study", *CyberPsychology & Behavior*, 2002, 5(1), 1-9

P Renaud, J Proulx, JL Rouleau, J Bradford, P Fedoroff, S Bouchard "L'utilisation de personnages virtuels et de technologies de suivi oculomoteur en clinique de la délinquance sexuelle" *Revue Québécoise de Psychologie*, 2007, 28 (2), p 31-42