

RESUME. — Nombreux sont les programmes de recherche ambitieux mais irréaliste s visant à déterminer le régime du jury. Cet article, qui se limite aux arguments touchant à la vérité et à la rectitude, s'intéresse aux rapports entre les variables *institutionnelles, subjectives et de résultat qui sont en jeu*. Il étudie en particulier l'influence des facteurs institutionnels sur les variables intermédiaires sur plusieurs points, étant bien entendu que ces facteurs tournent, très diversement, autour du choix entre débat public ou secret, ces variables pouvant influencer positivement aussi bien que négativement le résultat. L'article se termine en soulignant la nature discutable de bien des discours sur les *effets* du débat public ou secret. Concernant l'adoption du régime envisagé, il souligne le gros avantage du status quo.

Mots-clés : Jury – débat public – débat secret

Abstract. — There are many ambitious but unfeasible research programs with regard to the determination of a *jury regime*. This paper, limiting itself to the determinants of truth and rightness, deals with the relations between *institutional, subjective and outcome variables at stake*. It considers in particular the impact of institutional factors on the intermediate variables in several issues - being well understood that these factors turn, in very different ways, on the choice between secrecy and publicity and that these intermediate variables may have either a negative or a positive impact on the outcome. This paper concludes by underscoring the conjectural nature of many of the claims about the *effects* of secrecy and publicity. With regard to proposed regime change, it underlines the great advantage of status quo.

Keywords : Jury - secrecy – publicity

Secret et publicité dans les procédures avec jury

Jon ELSTER

Professeur au Collège de France

I. — INTRODUCTION

L'accusé peut-il renoncer au jugement par jury et choisir une cour mixte ou un juge ?

1. Combien y a-t-il de jurés ?
2. Comment sont-ils choisis, auto-choisis et sélectionnés ?
3. Quelles affaires sont confiées à un jury (pénal, civil, forfait, crime) ?
4. Quelles décisions prend-il (verdict, sentence, dommages-intérêts) ?
5. Quelles instructions le juge donne-t-il au jury ?
6. Quelles options de verdict s'offrent aux jurés (coupable, non coupable, pas prouvé ou « pas coupable s'il rend les vaches » (affaire de 1978)) ?
7. Quelles options de verdict et de dommages-intérêts s'offrent à eux ?
8. Peut-on faire appel des décisions d'un jury pénal ?
9. Y a-t-il un temps minimum et/ou maximum pour la délibération du jury ? Y a-t-il compromis entre temps et majorité requise ?
10. Les jurés ont-ils le droit de manger et de boire et, si oui, aux frais de qui ? Ont-ils le droit de dormir ? Leur pièce est-elle chauffée ?
11. Sont-ils autorisés à prendre des notes pendant le procès ?
12. La table des jurés est-elle ronde, carrée ou rectangulaire ?
13. Les membres d'une minorité en désaccord sont-ils punis ?
14. Le vote se fait-il à la majorité simple, à la majorité qualifiée ou à l'unanimité ?
15. Lorsque l'unanimité n'est pas requise, le nombre de voix est-il rendu public si la majorité requise est atteinte ? Est-il rendu public lors d'un acquittement ?
16. Les jurés sont-ils assistés par des magistrats professionnels ?
17. Comment le chef du jury est-il sélectionné ? S'il est élu, comment ?
18. Les jurés sont-ils autorisés à communiquer entre eux ?
19. Les jurés sont-ils autorisés à révéler au monde extérieur leurs délibérations et leurs votes ?
20. Les délibérations du jury sont-elles enregistrées ?
21. Le vote est-il public ou secret ? S'il est public, est-il séquentiel ou simultané ? S'il est séquentiel, comment déterminer l'ordre des votes ? S'il est secret, est-ce une option ou une obligation ? Si c'est une option, qui décide ?
22. L'identité des jurés est-elle connue avant, pendant ou après le procès ?
23. Existe-t-il des contraintes quant aux informations présentées au jury ?

L'ensemble des réponses à ces questions (et à toutes celles auxquelles on pourrait penser) définit le *régime du jury*¹. Même si certaines peuvent paraître étranges ou frivoles, elles sont, à l'exception du numéro 21, nées de l'expérience. Ainsi affamer les jurés, substituant l'endurance physique à l'agilité intellectuelle, a caractérisé bien des régimes. De même, un juré qui s'assied au bout étroit d'une table rectangulaire a plus de chance d'être choisi comme chef du jury (fait susceptible de diverses interprétations).

Un programme de recherche, ambitieux mais irréalisable, consisterait à essayer d'évaluer les nombreux régimes possibles dans l'espoir de sélectionner *le meilleur*. Ce programme est irréalisable non seulement à cause de la complexité des données à évaluer (voir ci-dessous), mais aussi parce que l'interaction entre les diverses caractéristiques d'un régime de jury rend l'analyse des causes épouvantablement difficile. Un programme moins ambitieux serait de garder constants la plupart des facteurs puis d'essayer de déterminer lesquels sont optimaux parmi les éléments qui varient. Une autre recherche relativement modeste consisterait à déterminer au moins un régime de jury qui soit supérieur à un système bien défini fondé sur un juge. Un programme encore plus modeste étudierait les *faiblesses* de chaque régime, lorsque des réformes destinées à améliorer en certains aspects ont eu l'effet inverse, ou strictement aucun effet.

Cette évaluation présente au moins trois aspects : un bon régime devrait amener à la *fidélité des verdicts aux faits*, à la *moralité normative de la sentence* et à l'*efficacité du régime dans son ensemble*². Puisque ce sont des objectifs distincts, qui peuvent être atteints à des degrés divers par un régime donné, un exposé normatif complet devrait aussi indiquer comment les compenser. Mais je ne vais pas me lancer dans ce projet chimérique.

Même si l'on sait ce que veut dire être fidèle aux faits, il peut être difficile, voire impossible, de *déterminer* la précision d'un régime particulier. Pour y parvenir, il faudrait observer le résultat d'un grand nombre d'affaires puis les comparer avec « le fait pur et dur », tel que déterminé par une quelconque procédure infaillible ; mais si une telle procédure existait, on n'aurait nul besoin d'un jury.

En pratique, c'est sur les principes premiers que l'on doit juger la capacité d'un régime à dévoiler les faits, plutôt que sur la qualité des décisions observées. La méthode du jury de Condorcet énonce que, dans des conditions données, quand les jurés sont nombreux, ils discernent mieux les faits qu'en petit nombre. Et, pour satisfaire l'une de ces conditions (celle de l'indépendance) on pourrait – comme dans l'Athènes classique ou le Brésil aujourd'hui – interdire le délibéré tout en imposant le vote à huis clos. Le fait que les jurés soient prédisposés au conformisme (Waters & Hans 2009) conduit à une conclusion similaire. La psychologie cognitive prouvant que les jurés ont

1 Dans cet article, je ne parle pas du *secret du grand jury*, qui pose ses propres problèmes en dehors de ceux qui sont évoqués ici.

2 On peut aussi souhaiter que le système ait un impact positif sur le caractère des jurés. Ainsi Tocqueville (*De la Démocratie en Amérique*, Vol. 2, p. 214, 1860) écrit : « Je ne sais pas si le jury est utile à ceux qui ont des procès ; mais je suis sûr qu'il est très utile à ceux qui les jugent. » Que ce soit vrai ou non, cette affirmation ne peut être vue *par le public* comme une défense du système du jury (Elster 1983, p. 96). Dans ce qui va suivre, je me concentre donc uniquement sur les vices et les vertus des *décisions* par jury. Pour d'autres commentaires sur les « vertus collatérales » des jurys, voir Stephens (1883), vol. II, p. 572-73.

tendance à être influencés par certains faits normativement non pertinents, ils ne devraient pas en être informés (Diamond, Casper & Ostergren 1989). Comme on sait bien que la diversité facilite la prise de décision (Page 2007), il faudrait à la fois que les jurés ne soient pas trop peu nombreux et qu'ils soient choisis au hasard. En même temps, le problème du passager clandestin (*free-riding*) de l'information (Mukhopadhaya 2003) incite à ce que les jurys ne soient pas trop importants, sinon les jurés risquent de laisser vagabonder leur esprit pendant le procès. Pour ne pas fausser le hasard, il convient de minimiser récusations et excuses. Pour qu'un juré ne vote pas sous l'emprise de la peur, il faudrait abriter le scrutin des acteurs extérieurs risquant d'exercer des pressions et peut-être d'autres jurés qui pourraient les avertir. Lorsqu'un verdict de culpabilité exige l'unanimité, donc que le vote de chaque juré ressort évidemment de la sentence, il peut être nécessaire de protéger l'identité des jurés.

Généralement, un régime devrait minimiser le rôle de la *passion*, de l'*intérêt*, du *conformisme* et du *préjugé cognitif* dans les sentences des jurés, tout en améliorant (parfois en la restreignant) leur information et en renforçant leur motivation à bien accomplir leur tâche³. Même s'il peut sembler étrange de mentionner l'intérêt des jurés, l'existence du « syndrome du vendredi soir », où les jurés sont impatients de rentrer chez eux pour le week-end, montre que ce n'est pas totalement dépourvu de sens (Darbyshire, Maughan & Stewart 2002, p. 52). Plus important encore, les jurés devraient être mis à l'abri de la subornation.

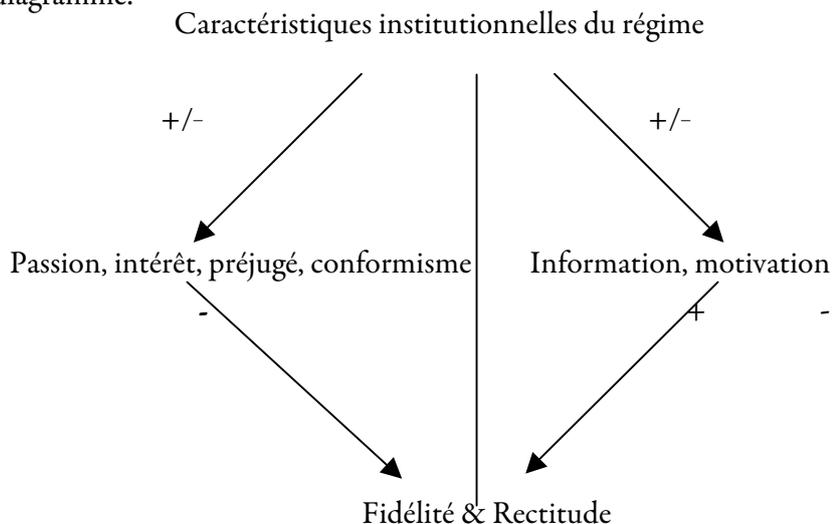
La notion de moralité normative de la sentence n'est pas dénuée de controverses. Un résultat, souhaitable pour ceux qui défendent une théorie de la justice dissuasive, peut être difficile à accepter pour des partisans de la justice rétributive (Smith 1759/1976, p. 394). Ce qui représente une circonstance atténuante pour l'un peut être circonstance aggravante pour l'autre (Elster 2004, p. 151-162). Du point de vue de la conception du régime, le problème se complique du fait que les jurés ont leur propre conception normative. Si, dans la réalité, les jurés ont une tendance rétrograde ou rétributive, la tâche sera difficile pour un concepteur de régime progressiste ou utilitariste (Sunstein *et al.* 2002) qui pourra aller jusqu'à favoriser le préjugé des jurés si cela permet de compenser le rétributivisme. Cependant en général j'admets que les *desiderata* énoncés dans le paragraphe précédent s'attachent à promouvoir la moralité normative.

La notion d'efficacité – par réduction du coût de détermination de la vérité et de la justice – a bien des aspects. Plus un jury est nombreux, plus il coûte cher. Sélectionner des jurés potentiels est coûteux. L'exigence de l'unanimité entraîne une forte probabilité que le jury ne parvienne pas à une décision et qu'il y ait un nouveau jugement. On peut faire passer en perte la tendance des jurés à accorder des dommages-intérêts conséquents et punitifs dans les procès civils. Les pertes encourues par les jurés eux-mêmes augmentent avec tout dispositif qui risque de prolonger le procès. Si l'ennemi est à la porte, il faut

3 Comme indiqué dans la note précédente, les jurés risquent d'être moins motivés si on leur dit que la raison principale pour laquelle on fait appel au citoyen moyen plutôt qu'aux juges professionnels, vient de l'effet constructif du caractère des jurés. La motivation peut aussi se déliter dans les jurys nombreux à cause de l'effet « passager clandestin ». Une faible rémunération de leur participation peut aussi y contribuer, en rendant les jurés impatients de retourner travailler.

aussi prendre en compte les pertes encourues par la société. Néanmoins dans ce qui suit, je ne vais pas envisager le coût des divers régimes mais me limiter à ce qui détermine la vérité et la rectitude.

La discussion ci-dessus peut se résumer en un diagramme indiquant la relation entre *variables institutionnelles* ou indépendantes, *variables subjectives* intermédiaires et *variables de résultat* dépendantes. Comme on le voit, les variables intermédiaires peuvent avoir un impact négatif ou positif sur le résultat, tandis que les informations ont un statut plus ambigu qu'indiqué sur le diagramme.



Dans cet article, j'étudie l'impact des facteurs institutionnels correspondant aux questions 16-24 sur les diverses variables intermédiaires. J'approfondis beaucoup plus la discussion du vote secret opposé au vote public (n° 22). Tous ces facteurs tournent, de diverses façons, sur le choix entre publicité ou secret. Dans la conclusion, j'énonce en détail les diverses dimensions du secret.

Avant d'en venir à la discussion, je dois mentionner un point important qui dépasse la distinction entre exactitude des faits et rigueur normative. Parce que l'établissement des faits peut être erroné, certains prévenus innocents seront condamnés (faux positifs) alors que des coupables seront acquittés (faux négatifs). Même si tout le monde tombe d'accord pour dire qu'il est plus important d'éviter les faux positifs, les avis divergent sur *à quel point* c'est important. Le choix d'un régime de jury reposera donc en partie sur sa tendance à favoriser le prévenu dans les affaires criminelles.

II. — LE NOMBRE DE VOTES EST-IL RENDU PUBLIC ?

D'après le § 17 du *English Jury Act* de 1974, « La Cour de la Couronne n'acceptera pas un verdict de culpabilité [...] si le chef du jury n'a pas donné en public devant la cour le nombre de jurés ayant respectivement approuvé et rejeté le verdict ». Ce n'est pas indispensable pour un verdict de non coupable. (Je suppose, mais sans avoir pu le vérifier, qu'il est *interdit* au chef du jury de le

faire dans ce cas.) Il en découle que ni l'accusé ni le grand public ne sauront si l'acquittement a eu lieu à l'unanimité ou si une minorité (d'un ou deux) a voté la condamnation. Si le chef du jury n'est pas tenu d'énoncer le nombre de jurés en accord ou non avec le verdict de culpabilité, c'est probablement que l'ombre de soupçon associée à un acquittement non unanime serait beaucoup plus grave qu'une ombre de soupçon associée à un acquittement non chiffré.

Dans la France du XIX^e siècle, il était strictement interdit de faire connaître le nombre de votes pour ou contre aux questions posées au jury.

« La méthode de vote du jury par scrutin secret est déterminée par une loi du 13 mai 1836, que voici. Chaque juré reçoit du chef du jury un bulletin, marqué du sceau du tribunal et commençant ainsi : "En mon âme et conscience mon verdict est...". Chaque juré doit ensuite remplir le blanc par le mot Oui ! ou Non ! sur une table disposée de manière à ce qu'aucun de ses collègues ne puisse voir ce qu'il écrit, ensuite il remet le papier plié au chef du jury qui le dépose dans une urne prévue à cet effet. La même opération se reproduit pour savoir s'il y a des circonstances atténuantes ou pas ; si le fait accepte une excuse légale et si le prisonnier était en mesure de distinguer le bien du mal lorsqu'il a commis l'acte. Le chef du jury retire alors les bulletins et note le résultat *mais sans exprimer le nombre de suffrages* [...] Les bulletins sont brûlés en présence du jury » (Forsyth 875).

Je ne connais pas les raisons qui ont présidé à cette procédure. La décision étant prise à la majorité simple pendant la plus grande partie de cette période, on a peut-être voulu éviter les doutes associés à un vote 7-5 de coupable. Même si je ne m'appuie sur rien pour y voir une influence causale, la pratique est conforme à l'idéologie de la période révolutionnaire. À la Constituante, il était généralement interdit de publier le nombre exact de suffrages pour ou contre une proposition de loi, non seulement parce que savoir qu'elle était passée d'un cheveu aurait pu affaiblir sa légitimité, mais aussi parce que les députés étaient sous l'emprise de la théorie métaphysique de la volonté générale (Castaldo 1989, p. 272-273). Selon leur interprétation de Rousseau, la fonction du vote majoritaire était de *révéler*, pas de *déterminer* la volonté générale. Selon un texte contemporain, « la minorité était censée fondre sa volonté dans celle de la majorité dès qu'elle était connue » (*ibid.*, p. 351)⁴. Que l'interdiction de rendre public le nombre de suffrages des jurés des deux côtés soit un écho de cette idée n'est au mieux qu'une conjecture.

Dans la Norvège contemporaine également, la loi précise que le nombre de suffrages pour et contre ne doit pas sortir de la salle du jury. Néanmoins, le vote lui-même étant public, les membres du jury savent combien ont voté la condamnation. Dans le système français qui vient d'être décrit, seul le chef du jury connaît les chiffres. Comme il semble que c'était le plus souvent le plus âgé (Esmein 1913, p. 413)⁵, son identité devait être connue en dehors de la

⁴ Cette déclaration a été faite en réaction à une proposition de Mounier d'inscrire les votes sur deux colonnes, avec le nom de ceux qui ont voté pour ou contre. Comme je vais l'indiquer plus bas, les considérations de la volonté générale n'ont pas été la seule source d'objection à cette proposition.

⁵ Esmein ne parle que du « grand jury » et ne dit rien de la désignation du chef du « petit jury ». Je suppose qu'on utilisait la même méthode.

salle du jury, ce qui n'aurait pas été le cas s'il avait été élu par les jurés ou choisi par tirage au sort parmi eux. Donc en théorie, le système français serait vulnérable à la corruption. À tout le moins comme on va le voir, il pouvait conduire à des erreurs.

Le jury danois présente un cas particulier. Si le verdict revient uniquement aux jurés, la sentence est déterminée conjointement par le vote des jurés et des juges. « La peine est décidée par un vote à la majorité simple, la sanction la plus douce prévalant en cas d'impasse. S'il existe plus de deux résultats possibles, l'opinion la plus sévère est compensée par la suivante moins sévère, etc., jusqu'à parvenir à une majorité. Tandis que le vote de culpabilité doit demeurer secret [*i. e.* les vrais chiffres ne sont pas publics J. E.], le nombre de suffrages attribué aux différentes peines est public, mais l'identité des suffrages des juges/jurés n'est pas divulguée » (Garde 2001).

Cette dernière caractéristique du régime danois mérite d'être soulignée. Même si (comme c'est généralement le cas) l'identité des jurés est connue, comme le nombre de suffrages pour et contre la condamnation, on n'a pas besoin de connaître l'identité des jurés qui ont voté pour ou contre. Avec un huis clos, il ne *sera* pas connu, mais même en cas de scrutin public, cette information n'est pas nécessairement enregistrée formellement et dévoilée à un plus large public. On peut donc être tenté de distinguer le secret du juré du secret du jury (Ruprecht 1997-98, p. 246).

III. — LES JURES SONT-ILS ASSISTES PAR DES MAGISTRATS PROFESSIONNELS ?

Les jurés sont des civils, souvent choisis au hasard, et généralement pour une seule fois. Les juges sont des « agents renouvelés » professionnels. Lorsque, comme c'est le cas dans beaucoup de pays, les jurés sont assistés par des juges, la dynamique de la délibération change. Les jurés ne peuvent plus réserver leur opinion aux autres jurés, mais doivent la partager avec les juges. Dans ce sens (un peu spécial), ces cours agrandies attentent au secret des délibérations du jury. Je ne parle pas ici des « cours mixtes » de l'Allemagne et autres pays, où quelques juges civils travaillent avec un ou plusieurs juges professionnels. Je pense plutôt aux cas où un jury complet est assisté par un ou plusieurs juges professionnels et me limiterais à deux cas français.

Dans la France du XIX^e siècle, les jurys étaient connus pour leur réticence à condamner dans les procès politiques ou touchant à la liberté de la presse. Selon Claverie (1984), ils refusaient également souvent de condamner dans les cas d'infanticide, de crime d'honneur, du meurtre de soi-disant sorcières ou de tabassage à mort d'un voisin ayant laissé sa vache divaguer dans le champ de l'accusé. Ces acquittements reflétaient en partie les valeurs et croyances locales, en partie la pression sociale sur les jurés, en partie le sentiment que la punition revenait plutôt à la communauté et en partie à une répugnance à condamner lorsque la sanction demandée était jugée excessivement sévère. Lorsque (vers 1850) et *parce que* les magistrats ont été autorisés à pénétrer dans la pièce où le jury délibérait, le pourcentage d'acquittements a nettement chuté (*ibid.*, p. 146).

On en sait davantage sur un changement apporté par le gouvernement de Vichy en 1941 et qui, à part quelques modifications, est toujours en vigueur

aujourd'hui (voir Vernier 2007 pour une présentation complète). Le nombre de jurés est passé de 12 à 6, assistés par 3 magistrats professionnels. Le taux d'acquiescement est passé de 24,7 % en 1941 à 8,4 % en 1942. Il est éminemment probable que la nouvelle loi est à l'origine de cette baisse. La réduction du taux d'acquiescement était d'ailleurs la principale *raison* de la réforme. Pour la justifier, le Garde des Sceaux, Joseph Barthélémy, a dit : « bien que cela ne supprime pas le jury, cela tend à lui enlever son venin ». Après la Guerre, presque personne n'a défendu l'élimination des magistrats, même si le nombre de jurés est passé à 7 puis à 9. Aujourd'hui le taux d'acquiescement est d'environ 4 %.

L'invalidation du jury semble moins probable en présence de juges professionnels qu'en leur absence. À tout le moins, on peut s'attendre à ce que leur présence ait un effet réfrigérant sur certains *arguments*, tels que « la loi selon laquelle l'acte de l'accusé constitue un crime est injuste » ou « la sentence qu'entraînerait un verdict de culpabilité est trop sévère ». Pourtant avec le vote à bulletin secret des jurys français, les votes des jurés pourraient encore refléter un « verdict en conscience » plutôt que suivant le *droit*. Ainsi l'effet de l'abolition d'une forme de secret du jury (l'ouverture des débats à des non-jurés) peut être contrebalancé, dans une certaine mesure, en maintenant une autre (le bulletin secret). Si les deux types de secrets étaient supprimés, il semble probable que les magistrats domineraient complètement et que les acquiescements seraient rares. Si l'on considère plus important d'éviter les faux positifs que les faux négatifs, cet effet peut être souhaitable.

IV. — COMMENT SELECTIONNE-T-ON LE CHEF DU JURY ?

Le chef d'un jury peut façonner le résultat *directement*, par les vues qu'il exprime, ou *indirectement*, par les procédures qu'il propose. Sur l'influence directe, plusieurs études ont trouvé une corrélation entre les préférences concernant la peine que souhaitait le chef du jury avant le délibéré et la sentence finale (Devine *et al.* 2001 p. 696). Parce qu'il a tendance à parler davantage que les autres jurés, surtout dans les jurys nombreux, qu'augmente la peur de parler en public (Boster, Hunter & Hale 1991), cette corrélation peut bien révéler une relation de cause à effet. Pour l'influence indirecte, le chef du jury peut proposer un vote par bulletin secret dans les juridictions où cette procédure n'est ni obligatoire (comme en France) ni interdite (comme en Norvège). Il peut aussi proposer « un tour de table » (et imposer l'ordre des votes) ou un vote à mains levées. Dans certains cas, il décide par « consensus apparent » (Urfalino 2007) c'est-à-dire par l'absence d'opposition à la décision qu'il propose.

Les méthodes de sélection d'un président de jury sont aussi variées que les méthodes qu'il peut employer pour parvenir à une décision. Un conseil à l'avocat de la défense dans les procès avec jury américains énonce plusieurs options :

« Les méthodes de désignation du chef du jury varient selon les tribunaux. Ainsi, il peut être désigné par le juge, choisi parmi eux par les jurés par sélection ou élection, ou bien être celui qui entre le premier dans la salle. C'est le juge qui dit aux jurés quelle sera la méthode

employée [...] Si les jurés sont laissés libres, ils peuvent nommer et choisir la première personne, spécialement si elle est debout alors que les autres sont assises, qui dira “Il faut désigner un chef du jury”, ou celui ou celle qui s’assied au haut bout d’une table rectangulaire (le plus souvent rectangulaire plutôt que ronde ce qui faciliterait une discussion égale et face à face), ou celle qui se propose d’office, ou celle à qui l’huissier qui sert de berger au jury a remis l’unique exemplaire des instructions au jury. [Note : Attention à l’astuce pro-accusation qui consiste à ce que l’huissier désigne le chef du jury en donnant la charge du jury de la cour à un juré, l’huissier, officier de justice qui a observé le procès, étant supposé favorable à l’accusation. La défense doit éviter cette pratique déloyale en demandant au tribunal d’ordonner que l’exemplaire officiel des instructions soit posé au centre de la table des délibérations avant l’entrée des jurés dans la salle. Une autre possibilité est de demander à ce qu’on donne un exemplaire de ces instructions à chaque juré, de préférence au début de l’affaire.] » (Moses 2009)

À une exception, partielle, près, le chef des jurés semble n’être jamais choisi par tirage au sort⁶. Même si les *impératifs de diversité* pour une sélection au hasard s’appliquent dans le choix des jurés, ils sont manifestement hors de propos dans le choix d’un chef des jurés. En revanche, les *impératifs anti-manipulation* pourraient être pertinents, comme indiqué dans le passage entre crochets du texte précité. À ma connaissance ici aussi, la Norvège est le seul pays aujourd’hui à choisir le chef du jury par scrutin secret, les ex aequo étant départagés par tirage au sort. Ce système était également en usage dans l’Allemagne d’avant la Première Guerre mondiale (Howard 1904, p. 664) où l’âge départageait les ex aequo. Dans tous les documents sur le choix du chef du jury, je n’ai jamais rencontré de référence à des élections *ouvertes avec compétition*, avec plus qu’un seul candidat. L’impression générale est que les élections se font par acclamation, souvent précédée d’une auto-nomination.

Le choix du chef des jurés devrait en fin de compte avoir pour but d’atteindre à l’exactitude et à la rectitude. Un dominant qui s’est auto-proclamé risque de ne pas laisser s’exprimer suffisamment d’opinions diverses. Une sélection mécanique par âge ou par tirage au sort peut conduire au choix d’une personne inappropriée. Un chef des jurés désigné par le juge risque de refléter les *a priori* du juge (Horwitz 2004-5). La solution norvégienne ne paraît souffrir d’aucun de ces maux.

6 En France après 1848, le jury « choisit un chef des jurés mais, en l’absence d’un choix de ce genre, le premier appelé dans le box des jurés par tirage au sort sera désigné » (Forsyth 1873). La psychologie des petits groupes semble aussi démontrer que les groupes dont le chef est désigné par le hasard sont plus performants que ceux où le chef est désigné (ou les membres du groupe croient qu’il est désigné) sur la base de leur réponse à un questionnaire (Haslam *et al.* 1998 ; Henningsen *et al.* 2004). Ce dernier auteur propose la *réactance* (voir ci-dessous) comme explication de ce phénomène. Aucune étude n’est spécialement consacrée aux jurys.

V. — LES JURES SONT-ILS AUTORISES A COMMUNIQUER ENTRE EUX ?

Chaque juré doit-il garder son opinion par-devers lui ou est-il encouragé ou autorisé à *discuter* avec les autres avant de parvenir à une décision ? La première exigence impose une forme de secret aux jurés. Même si cela semble étrange, on verra brièvement qu'il existe des exemples de cette procédure, aujourd'hui comme hier. La dernière idée, comme indiqué, est quelque peu ambiguë. À ma connaissance, aucun système de jury n'exige que tous les jurés expriment leur opinion (et peut-être la défendent) avant le vote. Le « juré silencieux » existe certainement.

Si le vote s'effectue au scrutin secret, il conviendrait d'étendre la notion de silence pour inclure le « bavardage ». Lors d'un procès récent, « "il n'y avait qu'un seul juré entre la peine de mort et Zacarias Moussaoui et ce juré a contrarié les autres car il n'a jamais expliqué son vote" a déclaré le chef du jury qui, la semaine dernière, a condamné à perpétuité ce dirigeant d'al-Quaïda » (*Washington Post*, 12 mai 2006). Non seulement il n'a pas expliqué son vote mais ne s'est même jamais identifié, le scrutin étant secret. Même si « les autres jurés comptaient sur la discussion pour identifier l'obstacle » (*ibid.*), ils ne purent pas le faire. Il n'est pas nécessairement resté muet, mais toute opinion qu'il ou elle a pu exprimer a dû être hypocrite. On a pu employer cet exemple en faveur des verdicts non unanimes (Holland 2006), mais on pourrait aussi l'utiliser pour défendre le vote public. Je note à toutes fins utiles que le jury était anonyme.

Dans l'Athènes classique, le grand jury – au moins 501 membres – écoutait les arguments pour et contre l'accusé avant de décider du verdict et d'une peine. Selon Aristote (*Politique* 1268b), « la plupart des législateurs » – probablement ceux d'Athènes aussi – interdisaient aux jurés de s'entretenir les uns avec les autres. Dans son exemple, le raisonnement vaut surtout pour l'étape de la peine. Il soutient qu'avec un jury très nombreux, il serait techniquement impossible d'arriver à un compromis sur, disons, l'amende exacte. Le jury était donc contraint à une sorte d'« arbitrage dernière offre », c'est-à-dire à choisir entre la peine proposée par le procureur et celle de la défense. Mais cet argument ne semble pas applicable au stade de la sentence. Même s'il est évidemment impossible à *tous* les jurés d'exprimer et d'échanger leur opinion, cela n'aurait pas été un obstacle à la discussion. Après tout, dans l'assemblée athénienne, quelque 6 000 citoyens parvenaient bien à des décisions après avoir entendu les débats entre (un sous-ensemble d') eux. La peur de la démagogie aurait difficilement constitué une raison d'écartier les débats, puisque les orateurs pour et contre l'accusé se livraient avec ardeur à ces pratiques.

Les jurys athéniens décidaient également par bulletin secret. Par ce qui est peut-être pure coïncidence, l'unique autre régime à interdire la discussion entre jurés fait aussi appel au suffrage secret. C'est le régime du Brésil, décrit comme suit par Brinks (2004) :

« À la fin du procès, le jury, le juge et les avocats se rendent tous dans la salle du jury. Là, le juge pose au jury des questions bien précises qui déterminent le résultat de l'affaire. Le jury vote en plaçant en secret des petits cartons Oui ou Non dans un panier. Aucune délibération n'est

autorisée. En fait, contrairement à la tradition de *common law* d'un délibéré des jurés, *c'est le comble de la faute et un motif de cassation pour un juré de faire connaître ce qu'il va voter ou de tenter de convaincre un autre juré*. Les questions vont du plus général ("y a-t-il eu mort d'homme ?") au plus précis ("l'accusé est-il le meurtrier ?"), guidant peu à peu le processus vers le résultat final. Les résultats de chaque tour sont annoncés avant le suivant, de sorte que la décision est construite par bribes, sans délibéré mais en connaissance des décisions prises précédemment par les autres jurés. Comme l'urne des bulletins secrets, la méthode de vote ne demande pas aux jurés d'indiquer, d'expliquer ou de justifier leurs décisions, les laissant entièrement libres d'agir selon leur jugement individuel sur l'affaire – et selon leurs *a priori*. (Les italiques sont de moi)

Ce régime, en vigueur depuis 1882, est actuellement réservé aux affaires d'homicide, d'infanticide et d'incitation au suicide. Je m'abstiens de toute spéculation sur les motifs du principe que la tentative de persuader un autre juré puisse conduire au vice de procédure. Il semble assez logique, cependant, qu'une fois l'*influence par la parole* interdite, on prohibe aussi l'*influence par l'action* sous la forme d'un vote public. Bien que, comme on le verra, le vote public ne prenne pas nécessairement une forme qui puisse influencer les autres, l'unique raison pour ce que je vais appeler la publicité *ex post* est de créer une pression pour obtenir une adéquation entre parole et actes. En l'absence de mots, la raison tombe.

VI. — LES JURÉS SONT-ILS AUTORISÉS À RÉVÉLER LEURS DÉLIBÉRÉS AU MONDE EXTÉRIEUR ?

La règle du secret du jury, qui interdit aux tribunaux, à la presse et aux autres individus privés de recevoir ou de solliciter des informations auprès des jurés après le procès semble assez universelle. Parmi les principaux arguments en faveur de cette règle, on cite le froid que jetterait sur la libre délibération le fait que les jurés sachent que leur discussion risque d'être connue, le besoin d'irrévocabilité de la sentence et la légitimité du système de jury. De plus, un juré risquerait d'être harcelé si l'on apprenait qu'il a pris parti pour la culpabilité de l'accusé ou, au civil, pour ou contre le plaignant. Tout comme la sélection au hasard et la participation unique garantissent contre les pressions *ex ante*, le secret de la procédure procure une protection *ex post*. L'invalidation d'un jury serait aussi mise en péril si le délibéré n'était pas secret⁷.

Depuis toujours, la critique principale contre une totale discrétion est que les jurys sont sujets aux erreurs pour cause d'incompétence, de préjugés normatifs ou de biais cognitifs. Si, comme dans les cas français cités plus haut, les acquittements injustifiés sont le principal danger, on peut voir ces erreurs comme un coût acceptable du système. Même s'il est difficile de parler avec une quelconque précision quantitative, on ne doit pas ignorer que les jurys peuvent aussi parvenir à des condamnations injustifiées. En Angleterre, la

⁷ Sur ces points et divers autres, je m'appuie sur une note parue dans *Harvard Law Review* (1983), Campbell (1985), Ruprecht (1997-1998), Markovitz (2000-2001), Daly (2004), Hoeffel (2005) et Courselle (2005-2006).

House of Lords a récemment eu l'occasion d'étudier la question dans les appels conjoints de *R. v. Mirza* et *R. v. Connor and Rollock*.

« Dans les deux affaires, les appelants avaient été condamnés à la suite d'un verdict majoritaire. Après le procès, un juré a envoyé une lettre à l'avocat de la défense (*Mirza*) et au juge de l'affaire (*Connor*) alléguant une irrégularité de la part du jury. Dans *Mirza*, l'accusé était un Pakistanais résidant au Royaume-Uni depuis 13 ans. Au procès, il avait un interprète et, à la demande du jury, le juge avait ordonné que l'on n'en tire aucune implication défavorable. La lettre du juré insinuait que cette directive n'avait pas été suivie (le jury considérant ce recours comme un "stratagème retors") avec donc un préjugé raciste. Dans *Connor*, les défendeurs avaient été condamnés après un procès joint. La lettre prétendait que le jury n'avait pas correctement étudié les preuves (ils voulaient un "verdict rapide") et avait condamné les deux individus, ne sachant pas lequel était coupable. La Cour d'appel a rejeté les deux affaires, ne pouvant prendre comme déposition la lettre des jurés (Daly 2004). »

Dans une opinion dissidente du rejet de l'appel par la Chambre des Lords, Lord Steyn « accepte l'existence d'une règle générale de secret mais soutient que la Cour d'appel devrait avoir le pouvoir "dans des cas exceptionnels" d'examiner les matériaux des délibérations du jury. L'effet d'une règle absolue étant que, dans 1 % des affaires soumises à un jury, la loi subordonne le risque d'une erreur judiciaire à l'intérêt de défendre l'efficacité du système de jury. Les garanties mises en place ne résolvent pas à ce problème et, à long terme, cela diminuerait la confiance dans le système » (*ibid.*). Cette hypothèse factuelle est exactement contraire à celle que l'on fait habituellement, c'est-à-dire que divulguer le secret du jury saperait à long terme la légitimité du système. Pour ce que j'en sais, il n'y a aucune preuve empirique en faveur de l'une ou de l'autre hypothèse.

VII. — LES DELIBERATIONS DU JURY SONT-ILS ENREGISTRES ?

Comme indiqué plus haut, cette question ne répond à aucune pratique historique prolongée. Il serait cependant, dans certaines circonstances, souhaitable d'enregistrer les délibérations du jury. On pourrait ainsi savoir si les jurés ont bien compris les instructions du juge, s'il semble y avoir eu préjugé, pression ou conformisme et bien d'autres points intéressants. Si possible, on aimerait aussi comparer deux régimes, l'un où les jurés sauraient que leurs délibérations sont enregistrées et l'autre où ils n'en seraient pas conscients. L'un des buts serait de vérifier la présence ou l'absence du « froid » souvent évoqué, lequel les jurés étant moins enclins à jouer les passagers clandestins et à s'engager dans des débats parfois productifs s'ils se savaient enregistrés. Meade & Stasavage (2008) ont décelé ce phénomène lors d'une expérience naturelle unique menée lors des débats sur le Comité du Marché ouvert du Federal Reserve Board. Pour diverses raisons, semblable étude du système de jury est difficile à imaginer.

Pour les travaux préparatoires du livre précurseur de Kalven et Zeisel (1966), *The American Jury*, des chercheurs de l'Université de Chicago ont enregistré sur bande la délibération des jurys dans six affaires civiles, avec l'accord du juge et des avocats des deux parties, mais sans que le jury le sache. Lorsque ce fait a été connu, il y a eu des hurlements, qui ont conduit d'abord à des audiences au Sénat puis à une loi fédérale interdisant l'enregistrement des délibérations du jury. Selon le sénateur Jenner du Sous-comité du Comité judiciaire du Sénat, savoir que les délibérations du jury peuvent être enregistrées « va influencer l'opinion des jurys à partir de maintenant jusqu'au moment où des mesures adéquates seront prises pour éviter que cet espionnage des jurés ne se reproduise plus jamais (US Senate 1956, p. 1). Dans son témoignage, Harry Kalven dément que cet enregistrement tende à jeter un froid : « Avec l'accord des avocats et du juge, et dans un but scientifique, certains jurys pourraient de temps en temps être enregistrés. Je ne vois pas pour quelle raison cela ferait froid dans le dos d'un quelconque juré américain » (*ibid.*, p. 7). Une fois de plus, c'est un problème empirique qui ne peut pas être résolu sur des raisonnements *a priori*⁸.

En 1997, CBS a tourné la vidéo de trois affaires criminelles, avec le consentement des parties (avocats et juges) et des jurés. Parce que les jurés qui ne désiraient pas parler devant la caméra ont été excusés, la procédure a introduit un biais d'auto-sélection qui a pu influencer les délibérations autant que le verdict (Abramovsky 1996). De plus, le fait que deux des trois procès se soient terminés par des jurys en ballottage « peut indiquer que la présence de caméras dans la salle du jury peut amener les jurés à durcir leur position et à être moins enclins au compromis » (*ibid.*). Forme plus acceptable de publicité, on pourrait rendre disponible la transcription des délibérations du jury après le verdict et avant l'appel (Ruprecht 1997). Par analogie avec certains comités de la Banque centrale, on pourrait aussi publier des minutes rendues anonymes plutôt que la transcription *verbatim*. Le fait demeure, cependant, qu'en l'absence d'affaires connues où le jury non seulement ignorait qu'il *était* enregistré, mais aussi qu'il *pourrait l'être*, il n'y a pas de raison empirique d'affirmer la supériorité ou l'infériorité du régime secret.

VIII. — LE SCRUTIN EST-IL SECRET OU PUBLIC ?

Ce vaste sujet pourrait faire l'objet d'un article ou d'un livre à lui tout seul. Je ne pourrai qu'en effleurer quelques aspects, à commencer par quelques distinctions conceptuelles.

Le bulletin d'un juré peut rester caché aux autres jurés ou leur être montré mais, sauf fuites illégales, à personne d'autre. Lorsqu'un jury utilise le vote public, il est généralement secret dans le deuxième sens, sauf si, l'unanimité étant requise, il est évident qu'un verdict de culpabilité implique que tous les jurés aient voté la même chose. Dans le cas contraire, il est habituellement

⁸ Lors des séances au Sénat, on a implicitement admis que le comportement des avocats et des juges ne serait pas affecté de savoir que les délibérations étaient enregistrées sans que les jurés le sachent. Cette supposition est sans doute justifiée. Pourtant, selon un *dictum* bien connu du folklore juridique « dans une affaire difficile, vive la confusion », on peut au moins se demander si un avocat de la défense serait aussi désireux de répandre le trouble si les effets de ses faux-fuyants pouvaient être observés.

impossible pour des gens extérieurs d'identifier les jurés, s'il y en a, qui n'étaient pas d'accord. La seule exception qui me vienne à l'esprit est le scrutin du jury dans les deux États américains qui autorisent les verdicts non unanimes. En Oregon, voici la règle : « Lorsque le verdict est rendu, et avant qu'il ne soit enregistré, le jury peut être interrogé à la demande d'une partie, auquel cas on demandera à chaque juré si le verdict est le sien. Si le nombre de jurés répondant par l'affirmative est inférieur au nombre requis pour rendre le verdict, le jury sera renvoyé en délibération. » En Louisiane, le juge peut à sa discrétion soit interroger oralement les jurés soit leur demander d'écrire sur un bulletin « Oui » ou « Non » ainsi que sa signature. Remarquez que si le jury procède à un scrutin secret, la procédure de l'Oregon et la première solution de la Louisiane vont révéler à chaque juré ce que les autres ont voté, ce que ne fera pas la seconde méthode de Louisiane.

Comme le laisse entendre cette observation, on peut combiner le secret *ex ante* et la publicité *ex post*. Le scrutin peut se dérouler de façon à ce que (a) aucun juré ne sache, en déposant son bulletin, ce que les autres ont voté et pourtant de sorte que (b) tous les votes soient connus de tous une fois qu'ils ont été exprimés. Comme Bentham (1999, p. 106-109) l'a noté à propos du vote en assemblée, on peut concilier ces deux buts si tous les votes se font *simultanément* et *en public*. Il remarquait, cependant, que « ni un vote à main levée, ni en criant Oui ou Non ne peuvent être réellement simultanés, mais que si l'esclave est attentif *bona fide*, il peut attendre d'observer la voie choisie par son maître, afin de pouvoir faire de même » (*ibid.*, p. 107). Le vote à mains levées est également sensible à l'ignorance pluraliste. « Supposons qu'un juré ait peur que sa position ne soit pas populaire ou semble stupide ou peu réfléchi. Avant de lever la main, il regardera autour de lui pour voir combien de mains se lèvent. D'autres jurés dans le même état d'esprit peuvent utiliser la même stratégie. Il peut en découler qu'aucun ne vote pour un point particulier, alors qu'en fait plusieurs jurés étaient en sa faveur » (Schwartz 2006). En principe, ces obstacles pourraient être levés en demandant aux jurés de signer leur bulletin écrit avant de le tendre au chef du jury qui lirait ensuite à haute voix les votes avec les noms. Même si, strictement parlant, les votes ne sont pas simultanés, ils ne pourraient pas être observés par les autres à l'instant du vote. À ma connaissance, cette solution évidente n'a jamais été retenue.

Afin d'expliquer le problème dont ce serait la solution, je vais d'abord citer Bentham (1999, p. 107) une fois de plus : « La dissimulation ainsi recommandée n'est pas celle de l'inconvénient, s'il y en a un, résultant de l'acte secret de voter. C'est seulement la volonté du séducteur qui est dissimulée, pour un instant, à la connaissance du votant – et non la conduite du votant qui est cachée à long terme de la connaissance du public ». Ignorant pour l'instant la référence au public, ce que je tiens à souligner, c'est que l'on ne tient peut-être pas à ce que la conduite du juré soit dissimulée, « à long terme », aux *autres jurés*.

En l'absence de secret *ex ante*, la publicité peut conduire au conformisme et inciter aux pressions. Un exemple de Sénèque (*De la clémence*, I, 15) illustre ce point :

« Titus Arius, prêt à juger son fils [qui avait comploté contre lui], pria Auguste de faire partie du tribunal domestique qu'il devait réunir ; Auguste se rendit chez un simple citoyen, et prit place dans un conseil

qui lui était étranger. Il ne dit pas “Venez dans mon palais” car alors le jugement n’eût pas appartenu au père, mais à l’empereur. Après avoir entendu la cause, après la discussion des moyens contradictoires de l’accusé et de ceux de l’accusation, Auguste demanda que chacun écrivit son opinion, de crainte que l’avis de César ne passât tout d’une voix. »

Dans cette situation *hiérarchisée*, le secret était une option, dans d’autres cas il est imposé pour des raisons similaires. Dans les cours martiales américaines, l’obligation du vote secret est justifiée par la nécessité de protéger les jeunes officiers de toute pression de leurs supérieurs. Qui plus est, les bulletins sont *réunis* par les jeunes jurés, car si « le subalterne rassemble les bulletins, le supérieur est moins susceptible de voir comment chacun a voté, mais si c’est le supérieur qui procède à la collecte, il peut facilement identifier chaque bulletin, les subalternes risquant alors de suivre l’opinion de leur supérieur » (Holland 2006, p. 124 n. 126).

Dans ce qu’on peut appeler les jurys *quasi-hiérarchisés*, qui comptent une majorité de jurés et une minorité de juges, le vote secret peut, comme indiqué ci-dessus, être le seul moyen pour que les jurés conservent une certaine indépendance. Se fondant sur des entretiens avec des jurés français, Vernier (2007) a établi que leur travail s’articule sur quatre points : exprimer une opinion, la défendre, répondre aux arguments des autres jurés et des magistrats et « voter par bulletin secret, étant entendu que le juré peut inscrire sur son bulletin une position tout à fait différente de celle qu’il a développée pendant le délibéré ». Une opposition directe aux magistrats est rare. « Si des jurés se sont révoltés, ils l’ont fait, comme JS, formatrice (Paris), dans l’anonymat de leur bulletin de vote, en votant “non” à la culpabilité d’un homme dont elle avait très bien compris qu’il était coupable des faits reprochés » (*ibid*).

Les jurys belges sont une variante du système français. La culpabilité est décrétée par 12 jurés par vote à bulletin secret. Trois magistrats du siège peuvent renverser le verdict s’il a été voté à la majorité simple (7 contre 5). La peine est établie par un corps de 15 – jurés et magistrats – par vote à main levée. En France, un ensemble de 9 jurés et 3 magistrats prend les deux décisions par vote à bulletin secret. En Belgique, la présence des juges et le vote public rendent probable que les jurés suivent la peine proposée par les magistrats professionnels.

Dans les jurys *non hiérarchiques*, le secret peut être un bon moyen de protéger contre une pression horizontale. Celle-ci peut être extrêmement forte lorsque, comme dans la plupart des jurys criminels aux États-Unis, l’unanimité est requise. On peut donc s’attendre sous un régime de vote secret à ce que les ballottages soient plus fréquents. Cependant Kerr et MacCoun (1985) ont fait la découverte inverse pour des jurys blancs. Selon eux, « être publiquement identifié à une position peut contraindre à prendre *tôt* cette position et rendre plus difficile d’en changer sans paraître inconstant ou irrésolu » (les italiques sont de moi)⁹. Dans leur recherche, le chef du jury pouvait proposer des

9 Il est intéressant de rapprocher cette phrase du célèbre commentaire de Madison sur la Convention fédérale : « si les membres s’étaient engagés publiquement dès le début, ils auraient ensuite supposé qu’ils devraient garder leur opinion par souci de cohérence, tandis qu’avec une discussion secrète, personne ne se sent obligé de garder son avis plus longtemps qu’il n’est satisfait de sa justesse et vérité et reste donc ouvert à la discussion. » (Farrand 1966, vol. III, p. 479). Il semble clair, en fait, que la peur de paraître inconstant peut aussi

scrutins successifs (public ou secret) jusqu'à parvenir à l'unanimité. Dans ces conditions, s'engager tôt publiquement peut effectivement conduire à des jurys sans majorité, mais ce mécanisme ne fonctionne pas s'il n'y a qu'un seul tour de vote.

Quand le vote est public et séquentiel plutôt que simultané (ou inobservable), des *effets d'ordre* peuvent se produire. Bien que des cascades informationnelles et des dépendances de chemin soient inévitables dans ce type de régime, on peut tenter d'en réduire les effets indésirables. C'est sans doute pour minimiser l'importance d'un juré qui a déjà, en vertu de sa position, une influence particulière que le chef du jury norvégien doit voter en dernier. Le régime de l'Allemagne d'avant 1914 mentionné plus haut reprend la même règle, tout en demandant aux autres jurés de voter selon l'ordre du tirage au sort qui les a désignés. Même si le régime allemand d'aujourd'hui ne fait pas partie de mon univers, les règles de vote des tribunaux mixtes sont néanmoins intéressantes : « L'ordre de vote est : d'abord le plus jeune juge civil puis le plus âgé. Les juges professionnels votent ensuite, d'abord le rapporteur puis les suivants selon leur durée d'exercice, en commençant par le plus jeune. Le juge président votera en dernier. Ceci a pour but de s'assurer que les juges civils ne se sentent pas gênés par les professionnels ou les plus jeunes par les plus âgés » (Siegismund 2000, p. 123).

Même s'il peut paraître tentant de décider de l'ordre par tirage au sort, un passage du *Pro Cluentia* de Cicéron montre que cela peut être risqué :

« Lors du procès, une fois entendu les plaidoiries et les preuves apportées des deux côtés, les jurés rendirent leur verdict, non par scrutin mais à haute voix, selon le désir de l'accusé qui profita du choix que la loi en vigueur à l'époque lui offrait. Ceux que le sort désigna pour voter les premiers étaient connus pour leur malhonnêteté et tous le déclarèrent coupable, certains des plus respectables et consciencieux, convaincus qu'il y avait anguille sous roche, refusèrent de voter, cinq décidèrent non coupable mais quand les votes furent résumés, l'accusé fut condamné par une majorité de deux. »¹⁰

On peut remarquer qu'ici l'accusé a eu le choix entre vote secret ou public. (On pourrait dire qu'il a parié sur l'ordre du vote et perdu.) Le jury romain semble cependant avoir essentiellement recouru au vote secret (Staveland 1972, p. 229-230). Dans certains systèmes, en particulier dans les procès d'État américains, l'accusé a aussi le choix entre passer devant un jury ou un juge. Le fait que les jurys prononcent plus souvent la culpabilité que les juges n'entraîne pas que le prévenu qui préfère un jury soit irrationnel, puisqu'il peut au départ avoir une défense plus faible.

En l'absence de publicité ultérieure, le secret peut être à l'origine de délibérations avortées. Pour Stephen (1883, vol. I, p. 560), « la règle selon laquelle les jurys devraient voter à bulletin secret pourrait pousser directement

transformer les débats dans des groupes qui délibèrent en privé, comme la Convention ou un jury. Pourtant il paraît vraisemblable aussi que cette peur augmente lorsque les orateurs sont exposés à un public extérieur.

10 Voici le résultat du vote : neuf juges irréprochables dirent coupable (certains ayant pu être influencés par le second groupe, qui avait voté en premier). Huit juges, suspectés de vénalité, le dirent aussi coupable. Cinq dirent non coupable et dix s'abstinrent.

à l'impatience et tuer dans l'œuf toute réelle discussion ». Qui plus est, le scrutin secret pourrait entraîner un écart entre les paroles et les actes. Un juré peut faire mine de suivre la majorité qu'il perçoit mais voter contre elle. (Si cette majorité est seulement *perçue*, comme dans les cas d'ignorance pluraliste, la majorité elle-même peut être renversée lors du vote.) En revanche, si les jurés savent que tout écart de ce type sera connu après le vote, ils vont plus probablement *exprimer clairement leurs raisons* de voter contre la majorité et changer d'avis si on leur oppose des objections convaincantes. Même s'ils ne courent aucun risque de sanction quand leur hypocrisie sera dévoilée, ils peuvent être dissuadés par l'idée hautement répulsive que d'autres vont penser du mal d'eux (Dana, Cain & Dawes 2006 ; Elster 2007, p. 368).

Afin d'étudier une autre variante du thème du secret *ex ante* couplé à une publicité *ex post*, je vais d'abord prendre une affaire hypothétique, puis un cas historique. Dans la Norvège contemporaine, les jurys sont (en gros) composés d'un nombre égal d'hommes et de femmes. Imaginez un régime de ce type décidant à la majorité. Les suffrages sont exprimés par bulletins secrets mais dans certains cas (viol ou violence par exemple), le nombre total de jurés hommes et femmes ayant condamné sera rendu public.

Le précédent historique traite du jury romain :

« Au tribunal, il y avait soit une urne, soit comme normalement le jury était choisi parmi les membres des divers groupes sociaux, autant d'urnes qu'il y avait de groupes représentés. Sur le but de cette pratique des urnes séparées pour chaque groupe, on ne peut que supputer que c'était afin de réduire au minimum les chances soit de *corruption ou de préjugés excessifs* de la part d'un groupe donné. Le verdict de chaque groupe, sénateurs, *equites* et, après 70, *tribuni aerarii*, était rendu public avec le jugement général de la cour et toute divergence anormale d'opinions aurait certainement entraîné des soupçons » (Stavely 1972, p. 229, les italiques sont de moi).

Bien que les Romains aient pu exiger de leurs divers jurys une majorité dans chaque sous-groupe en cas de condamnation, ce n'est pas ainsi qu'ils procédaient. Au lieu de cela, ils agissaient (je pense) sur la croyance que si les jurés savaient qu'un préjugé quelconque serait exposé en public, ils le réduiraient. Observons que dans ce cas, la publicité ultérieure s'étend à tout le monde et pas seulement aux autres jurés.

Passons maintenant à la relation entre scrutin public et secret dans les jurys et les assemblées. Dans un livre sur le vote dans l'ancien continent, Stavely (1972, p. 84) affirme la proposition générale que « la tendance de toute société démocratique est davantage à observer le secret que le contraire ». Même si son but principal en faisant cette affirmation est de discréditer l'idée que l'assemblée athénienne a peut-être eu recours au scrutin secret avant de passer au vote à main levée, il fait également un parallèle avec les jurys. Parmi d'autres sources, il fait référence à un passage dans lequel Thucydide (4.74.3) affirme que les Mégariens ont établi leur oligarchie en amenant leurs ennemis devant le peuple et « exigeant un vote public, les faisaient condamner et exécuter ».

On retrouve un parallèle identique entre les élections politiques et le vote du jury en France, lorsque le scrutin secret fut introduit pour les jurys en 1835-

36. Dans le système de jury introduit par la Révolution, chaque juré exprimait son vote au Président de la cour, en l'absence des autres jurés. Une réforme de 1808

« n'avait point conservé ces formes un peu théâtrales, mais il maintenait le principe de la déclaration orale ; *il n'isolait même point*, comme on le faisait précédemment, *les jurés les uns des autres*. Lorsqu'ils étaient retirés dans leur salle des délibérations et que la discussion était close, le chef du jury les interrogeait les uns après les autres et enregistrerait leur réponse (art. 345). Cette méthode devait souvent gêner les esprits timides et fausser même les votes. Elle fut changée par la loi du 9 septembre 1835 qui établit le vote au scrutin secret. "On s'est demandé, disait le Garde des sceaux dans l'Exposé des motifs, *pourquoi, lorsque tout se fait chez nous au scrutin secret, on n'admettait pas pour les cours d'assises, c'est-à-dire pour exprimer ce que la conscience a de plus intime, le procédé mis en usage pour les élections à tous les degrés et pour la confection des lois*". »

À cette époque, l'Assemblée nationale a bien adopté des lois au scrutin secret (Pierre 1893, p. 1018). Cependant on ne peut défendre l'idée que les votes secrets lors d'élections, d'assemblées ou de jurys ont tendance à aller de pair et à avoir une justification commune. Depuis l'abandon du vote secret par le parlement italien en 1988, à ma connaissance, aucune assemblée élue n'utilise régulièrement cette procédure. L'usage obligatoire des bulletins secrets par les jurys existe en France et en Belgique et certainement ailleurs aussi, mais c'est loin d'être une loi universelle. En revanche, il n'y a pas aujourd'hui d'exception au principe du vote secret dans les élections politiques. Actuellement, le secret règne dans les élections, la publicité dans les assemblées et les jurys, eux, suivent l'un ou l'autre principe¹¹.

Pendant la Terreur, on voit nettement un lien entre la publicité des assemblées et celle du jury. Même si la Convention n'a jamais voté par bulletin secret, elle avait le choix entre le vote par assis et levé et le vote par appel nominal. Dans un éventail allant du vote privé au vote public, le premier était plus près de l'extrémité privée et le second du côté public. Aucun n'était à l'extrême, puisque le secret total aurait exigé des bulletins et la publicité complète l'enregistrement et la publication des votes individuels. Dans la Constituante qui précéda la Convention (avant l'interlude de la première assemblée législative), la gauche radicale avait réussi à mettre au point une stratégie rhétorique en utilisant l'appel nominal comme méthode d'intimidation. Pour ne citer qu'un exemple, lors du débat sur l'éligibilité des membres de l'Assemblée Constituante à la première législature, le député Custine dit « Je demande un vote à l'appel nominal. On verra ainsi qui veut être réélu » (AM 8, p. 200), comme si personne ne pouvait voter contre la proposition pour des raisons désintéressées (Elster 2009, p. 328-329).

Les 10 et 11 mars 1793, la Convention discute de la création du tribunal révolutionnaire. Deux questions se mêlent : l'assemblée doit-elle voter à

¹¹ Il faut remarquer que dans le passage qui vient d'être cité, trois régimes distincts se sont succédés : secret entre jurés mais pas envers le Président de la cour, pas de secret entre jurés mais (probablement) secret à l'égard du monde entier et secret total.

propos du tribunal par une procédure relativement publique (appel nominal) ou relativement secrète (assis et levé) et les chercheurs de vérité (le jury du tribunal) voter au scrutin public ou secret ? Même si les témoignages n'autorisent aucune certitude, je suppose que certains de ceux qui souhaitaient un scrutin secret pour le jury afin d'éviter toute intimidation des jurés (voir *infra*) auraient préféré un vote secret à l'assemblée pour éviter l'intimidation des députés. Ce qui est certain, par contre, c'est que lors des débats, les radicaux ont bien eu recours à des techniques d'intimidation. Un député (Lépeaux) ayant réclamé : « L'appel nominal pour un pareil décret », un autre (Monmayou) ajouta « seuls les contre-révolutionnaires peuvent le craindre » (AM 15, p. 681). Plus tard, le député Vergniaud demanda « un vote par appel nominal pour faire connaître ceux qui emploient toujours le mot liberté pour l'abolir » (*ibid.*, p. 684).

Cependant ces interventions eurent lieu avant que le député Thuriot ne propose « un amendement qui réconciliera tout le monde. Je demande que le jury donne son vote à haute voix » (*ibid.*). Il ne ressort pas clairement des minutes quelles opinions il désirait réconcilier et en quoi un vote public servait ce but. Il est possible néanmoins que la proposition ait été faite sur les bases de l'expérience d'un tribunal révolutionnaire précédent, créé en août 1792 et aboli le 29 novembre de la même année. Dans ce tribunal, les jurés étaient tirés au sort à chaque session parmi 96 élus par les Sections de la Commune de Paris et votaient par scrutin secret (des boules noires et blanches). Bien que ces caractéristiques auraient dû immuniser les jurés contre les pots-de-vin, l'acquittement de M. de Montmorin (un parent de l'ex-ministre des affaires étrangères), fut néanmoins largement attribué à la corruption (Monselet 1853, p. 149-150). Dans cette perspective, le passage suivant, tiré de *Révolutions de Paris* (n° 193) est extrêmement intéressant :

« [Le 10 mars 1793] On a pris une mesure qui a d'abord semblé écarter de ce tribunal les effets de la corruption : plus de suffrage secret, l'on a raison ; c'est avec les boules blanches que les hypocrites se cachent, & innocentoient les scélérats dans le jury du 17 août, comme c'est avec le scrutin secret que l'on élève aux places les intrigans. [...] Mais si cette mesure est bonne pour arrêter un homme foible, elle échoue devant le scélérat à caractère, devant le conspirateur déterminé. Il faut garder une sorte de conscience & de pudeur pour craindre ainsi la sévère opinion ; mais si un jury vend sa conscience & sa honte, que vous servira le suffrage à haute voix ? Le mieux est de l'empêcher d'être acheté, en le confondant dans une grande foule de jurés jusqu'à ce que le fort l'en tire. »

L'auteur ne semble pas remarquer que les jurés corrompus avaient en réalité employé le système même pour lequel il plaide. L'idée générale est néanmoins intéressante : si la raison du vote public (ou de la publicité postérieure) est de dissuader par la honte, un juré sans vergogne ne sera pas dissuadé. Pourtant dans le contexte de la Terreur, il y avait des moyens d'intimidation plus efficaces. Parmi les députés qui plaidèrent contre le vote public, Burat soutint que ce serait « entraver la liberté des jurys » (AM 8, p. 688) et Guadet que « le vote public favorise l'innocence quand les juges sont corrompus mais lorsque la foule est enflammée par la passion, cette façon de voter lui serait

fatale » (*ibid.*, p. 689). Pour l'exprimer plus franchement, il était plus important d'éviter que les jurés ne soient massacrés par la foule s'ils acquittaient que de les empêcher d'être corrompus pour voter l'acquittement. De manière prévisible, les radicaux répondirent que « c'est une insulte au peuple de Paris de proclamer que cela gênerait les représentants du peuple dans leur fonction » (Lamarque, *ibid.*, p. 688-689). Les radicaux demandèrent aussi, puisque les députés avaient dû voter publiquement l'exécution de Louis XVI sans craindre d'être accusés d'avoir subi une influence, « pourquoi [n'ont-ils] pas pensé les jurés capables de la même fermeté ? » (Prieur, *ibid.*, p. 689).

Je vais terminer par un bref commentaire sur les mécanismes du vote secret. Il existe plusieurs manières de rendre un vote secret. On donnait aux jurés romains une tablette de cire marquée de chaque côté d'un A (*absolvo*) ou d'un C (*condemno*) en leur indiquant d'effacer l'une des lettres avant de la mettre dans l'urne (Stavely 1972, p. 229). Dans les tribunaux français, on employait souvent des boules noires et blanches pour voter coupable ou non coupable. Dans d'autres cours françaises, on demandait aux jurés d'écrire « Oui » ou « Non » sur des bulletins de vote. À chaque fois, on leur demande généralement de couvrir la tablette, la boule ou le bulletin de leur main pour assurer le secret.

J'ignore combien de ces régimes autorisent la révélation volontaire de son vote aux autres jurés. Lors d'élections, il est généralement admis que, pour remplir son but, le secret doit être une obligation et non une option. Dans beaucoup de systèmes de vote, il est en fait techniquement impossible de divulguer son vote. Dans certaines assemblées qui font appel au scrutin secret, la révélation est interdite mais pas nécessairement rendue impossible. Sous la monarchie de Juillet, le président de l'assemblée pouvait invalider un vote si un député avait intentionnellement laissé voir la couleur de sa boule (Connes 2008, p. 95). La raison du secret obligatoire n'est alors pas tant de cacher le vote à ses pairs (autres votants ou députés) que d'empêcher les acteurs de promettre aux agents extérieurs (candidats ou ministres) qu'ils voteront pour eux. Dans les jurys, ni le vote public, ni le vote secret en option ne permettrait à un étranger d'orienter le vote. Un juré *peut* promettre de voter l'acquittement, en tout cas dans le sens faible qu'une parole non tenue serait détectée si le jury votait la culpabilité, lorsque la condamnation exige l'unanimité. Par contre, si la condamnation n'a besoin que de 11 votes sur 12 (ce qui se fait parfois pour permettre aux jurys de condamner même en présence d'un « juré franc tireur ») et que l'accusé soudoie deux jurés pour qu'ils votent l'acquittement, il ne peut pas savoir, s'il est condamné, lequel a manqué à sa parole. Donc aucun ne peut faire la promesse crédible de voter pour l'acquittement.

Dans les cas des bulletins par écrit, l'identité du juré peut parfois être déduite de l'écriture. Celle-ci peut aussi être illisible. Le Président de la cour d'Amiens décrit ainsi une affaire bizarre et très révélatrice en 1822 :

« Les renseignements certains et positifs qui nous ont été donnés par huit des jurés, nous ont appris que sur la proposition de l'un d'eux, le jury avait délibéré par scrutin secret : qu'en résumé il s'était trouvé huit bulletins affirmatifs [le minimum requis] pour la condamnation, ou du

moins paraissant tels à l'égard de l'un d'eux, qu'en effet un de ces bulletins écrit par une main peu exercée et ne sachant probablement pas lire, présentait un assemblage de caractères en nombre excédant ceux nécessaires pour exprimer le mot OUI ou le mot NON ? Mais dont les premières étaient les lettres V, O. qui indiquaient que la personne avait eu l'intention de mettre sur son bulletin le mot OUI mais en le rendant par VOUI, comme quelques personnes du peuple les prononcent. Cet assemblage de lettre insignifiantes n'ayant pas paru au chef du jury rendre ni le mot oui, ni le mot non, a cru de son devoir d'interpeller celui des jurés qui avait tracé le bulletin, de s'expliquer sur celui des deux mots qu'il avait eu l'intention de rendre. Si des jurés naïants voulu avouer ni reconnaître son ignorance le bulletin interprété en faveur de l'accusé est compté pour NON, a produit la majorité simple à laquelle l'accusé doit la vie. » (Claverie 1984, p. 148).

Ceci s'est produit à une époque où le chef du jury était censé interroger les jurés un par un. Il semble qu'ils ignoraient simplement la loi et s'arrogeaient le droit d'utiliser le scrutin secret. De plus, le secret rendait aussi impossible de résoudre l'ambiguïté due au juré illettré. Cet épisode montre également que, contrairement à l'opinion généralement admise, les exigences censitaires strictes pour être juré, auxquelles ne répondaient que 100 000 citoyens français sur 30 millions, ne garantissaient pas l'alphabétisation. Comme indiqué plus haut, cette élite croyait aussi que brûler une sorcière relevait de l'auto-défense.

IX. — L'IDENTITE DES JURÉS EST-ELLE CONNUE ?

Sous beaucoup de régimes de jury, l'identité des jurés n'est pas révélée avant, ou juste avant, le procès. Cela vise à protéger les jurés de toute pression et subornation. Comme les jurés athéniens, ils sont « pris dans la foule pour une journée » et retournent à leur existence anonyme dès leur tâche achevée. Même lorsqu'ils sont choisis à l'avance pour remplir leur devoir de juré, ils sont souvent attribués à une affaire particulière suffisamment tard pour ne pas pouvoir subir d'influence.

La question demeure de savoir si leur identité doit rester cachée (i) pendant la sélection du jury et (ii) une fois le procès terminé.

- (i) On a soutenu que, dans les pays qui admettent la récusation des jurés ainsi que de longs interrogatoires pour déterminer de possibles préjugés, l'anonymat pendant le processus de sélection est souhaitable pour encourager d'éventuels jurés à révéler des renseignements gênants mais essentiels sur eux-mêmes (King 1996, p. 136-137, 147-148). D'un autre côté, on a soutenu qu'une sélection anonyme du jury empêcherait les jurés de divulguer des renseignements potentiellement intéressants, comme leur adresse (Abramovsky and Edelstein 1998-99, p. 478-79). Lequel a l'effet le plus grand est pure spéculation.
- (ii) Le point le plus important concerne la peur qu'ont les jurés d'une vengeance de l'accusé ou de ses associés s'il est reconnu coupable. De telles craintes naissent plus facilement si le prévenu est accusé d'être impliqué dans le crime organisé ou le terrorisme. Aux États-Unis, cette anxiété a

conduit au cours des trente dernières années à une croissance constante des jurys anonymes. La nature décentralisée des cours d'État américaines rend cependant difficile la collecte de données exactes. Le jury fédéral qui a jugé les quatre policiers accusés d'avoir tabassé Rodney King était anonyme. Comme indiqué ci-dessus, le jury du procès Moussaoui était anonyme, tout comme le jury du procès de 1994 des quatre accusés de l'attentat du World Trade Center.

Si les craintes des jurés sont justifiées, elles fournissent un argument *pro tanto* en faveur de l'anonymat. Même ceux qui critiquent cette pratique admettent que dans certains cas on peut y recourir en dernier ressort. Même si les craintes ne sont pas justifiées, on a soutenu qu'elles auraient un effet négatif sur la qualité du délibéré (King 1996, p. 137, 142-43), indépendamment d'une tendance à acquitter qui peut aussi naître de la peur. On peut seulement présumer cependant que l'anonymat conduira les jurés à prendre leur tâche moins au sérieux. Même si les jurés ne peuvent pas être tenu formellement responsables, savoir qu'ils vont devoir faire face à leurs concitoyens après le verdict pourrait concentrer leur pensée. Il est difficile d'estimer l'effet brut de ces tendances.

On a du mal à dire si ces craintes *sont* justifiées. Si des *témoins* ont souvent été molestés, « dans les deux cents ans d'histoire du système juridique américain, il y a peu, ou pas, de cas où des jurés ont été blessés et aucun n'a jamais été assassiné après avoir participé à un jury » (*ibid.*, p. 466). Il est évidemment possible que certains membres de jurys anonymes auraient été molestés s'ils avaient été identifiés, on ne sait pas. Il semble néanmoins que la crainte de voies de fait sur les jurés en Irlande du Nord pendant les « troubles » était parfaitement justifiée. Une affaire de 1998, « concernant huit hommes accusés d'attaque à main armée à Belfast fut confiée à un jury en dépit des rapports disant que ces hommes avaient des liens avec l'IRA. Sept procès avec sept jurys auraient eu lieu avant que l'affaire ne soit finalement arrêtée et l'un des procès est tombé à l'eau sur des allégations de subornation de jurés » (Jackson, Quinn and O'Malley 1999, p. 223).

La solution irlandaise au problème de l'intimidation des jurés n'a pas été pas l'anonymat mais la création de « Diplock courts », procès menés par un juge et non par un jury. On a estimé que dans un petit pays (environ 2 millions de citoyens), l'anonymat du jury était impossible. Il aurait suffi aux groupes paramilitaires d'identifier un juré pour se servir de cette personne pour retrouver les autres. Aux États-Unis, dans les grandes villes tout au moins, l'anonymat est plus facile à conserver. On a cependant objecté que « cette limitation aux zones urbaines signifierait que le procès criminel d'un prévenu accusé de vol dans une région de l'État subirait une tout autre procédure que le même prévenu dans une autre région du même État » (Rastgoufard 2003, p. 1019 ; voir aussi Abramovsky & Edelstein 1998-99, p. 481). L'objection est à rapprocher de la proposition de King (1996) de faire de l'anonymat du jury la routine plutôt que l'exception, idée sur laquelle je vais revenir bientôt.

La principale objection à l'anonymat dans les affaires très en vue est que les jurés auront un préjugé en défaveur de l'accusé et que cela va miner la présomption d'innocence. En pratique, les juges ont parfois tendance à résoudre ce problème en informant à tort les jurés que l'anonymat est la procédure normale, ou que son but principal est de les protéger des médias plutôt que de

l'accusé (Abramovsky & Edelstein 1998-99, p. 472-76). À Fairfield County, Ohio, tous les accusés sont en fait systématiquement jugés par des jurys anonymes, en l'absence d'une bonne raison pour la publicité (Rastgoufard 2003, p. 1016-17). Comme indiqué, King (1996) plaide pour une généralisation de cette pratique. Un critique (Rastgoufard 2003, p. 1020) répond que « même si l'anonymat [systématique] du jury ne suggérerait pas qu'un quelconque accusé est plus coupable qu'un autre, cela impliquerait que les prévenus dans leur ensemble sont, généralement parlant, coupables des crimes dont ils sont accusés et que les jurés doivent être protégés. Ce qui violerait évidemment le droit de l'accusé à être présumé innocent ». Abramovsky & Edelstein (1998-99, p. 472) défendent la même position.

Par un argument *reductio ad absurdum* contre l'affirmation que l'anonymat du jury violerait le premier amendement, King (1996, p. 154 n.123) dit que « par analogie, on ne peut pas dire que l'impossibilité de donner l'identité des votants prive la presse de la possibilité de couvrir les élections et leurs résultats ». Dans les sociétés modernes, les élections sont en fait les seules décisions où *on ignore l'identité des décideurs*. Dans l'ensemble, personne, sauf les agents électoraux, ne sait qui a voté, qui a mis un bulletin blanc dans l'urne ou qui s'est abstenu. Même si je reconnais avec King que l'anonymat n'est un obstacle à une bonne couverture par la presse ni pour les élections ni pour les jugements avec jury, je suis moins convaincu quand elle propose de surmonter le biais du juré causé par l'anonymat en en faisant une procédure de routine. Une fois encore cependant, les arguments sur les causes ne sont satisfaisants ni d'un côté ni de l'autre.

X. — EXISTE-T-IL DES CONTRAINTES QUANT AUX RENSEIGNEMENTS FOURNIS AU JURY ?

Le « voile d'ignorance » des jurés est une pratique commune au civil comme au pénal. Avant de passer aux exemples et à la discussion, permettez-moi de citer quelques cas d'utilisation (presque) littérale de ce voile. Dans le dialogue *Hermotimos de Lucien de Samosate*, on lit que :

« La raison prêche pour qu'on laisse beaucoup plus de temps à son propriétaire ; il rassemblera les candidats et fera son choix par une longue et lente délibération, il ne tiendra pas compte de l'âge, de l'apparence du candidat ni de sa réputation de sagesse mais accomplira sa fonction comme le Conseil de l'Aréopage, qui juge dans l'obscurité de la nuit, *de façon à voir non pas les plaideurs* mais les plaidoiries » (les italiques sont de moi).

Dans la *Vie de Lycurgue* de Plutarque, on trouve cette description du vote à Sparte :

« L'élection se faisait de la façon suivante. L'assemblée du peuple étant réunie, des citoyens choisis à cette fin s'enfermaient tout près, dans une salle d'où ils *ne pouvaient ni voir, ni être vus*, mais seulement entendre les cris de l'assemblée ; car c'est par acclamation que le peuple se prononçait en matière d'élection, comme en tout le reste. Les candidats n'étaient pas présentés tous ensemble, mais séparément, dans

un ordre réglé par le sort ; et chacun, à tour de rôle, passait en silence dans les rangs de l'assemblée. Les arbitres enfermés avaient des tablettes où ils notaient, par candidat, l'intensité de l'acclamation, sans savoir à qui elle se rapportait, mais constatant seulement que c'était au premier, au second, au troisième, et ainsi de suite. Celui qui avait recueilli les clameurs les plus nombreuses et les plus nourries, ils le proclamaient élu. » (les italiques sont de moi)

Goldin & Rouse (2000) ont étudié l'impact de la présence d'un paravent entre le comité de sélection et les postulants à un poste dans un orchestre et ont découvert que la proportion des femmes engagées en était nettement augmentée. Comme ils l'ont observé, l'effet est assez similaire à la soumission en double aveugle des journaux savants.

Il faut cependant relever une différence entre ces quatre cas. Les Aréopagites et le comité musical sont protégés de certaines *perceptions* qui pourraient avoir une influence indésirable sur leur choix. On écarte des votants de Sparte et des référents du journal toute *information* non pertinente et risquant de provoquer un préjugé sur les candidats ou les auteurs. Les deux questions se posent pour les jurys. Même si l'on ne réussira probablement pas à masquer la perception, ce point mérite quelques mots.

Les deux facteurs perceptifs conduisant au préjugé sont le genre et la race. Les jurys, contrairement aux comités des auditions, ne semblent pas avoir de prévention contre les femmes, je vais me limiter à la race. À la suite d'une proposition visant à permettre l'anonymat du prévenu dans les causes célèbres (Morris 2003), une Note du *Georgetown Journal of Legal Ethics* (2005) a étendu l'argument aux défenseurs issus d'une minorité. En réalité, tandis que le premier article prêchait seulement en faveur d'un *anonymat du nom*, le second plaidait pour l'*invisibilité*, c'est-à-dire pour permettre à l'accusé de ne pas être physiquement présent dans le tribunal pendant tout le procès¹². Si les témoins ont besoin d'identifier le prévenu, ils peuvent le faire grâce à la technique d'un circuit fermé vidéo qui isole l'accusé du jury. Comme le souligne la Note, le plus problématique « est le risque de créer une suspicion de culpabilité chez les jurés si le prévenu choisit de rester anonyme ou d'être absent. Si ce n'est pas une pratique souvent employée par les prévenus, les jurés peuvent voir une présomption de culpabilité dans l'absence de l'accusé au procès » (p. 1159). Cependant contrairement au biais créé par l'anonymat des jurés, on ne peut pas atténuer le préjugé défavorable entraîné par l'anonymat du prévenu en le rendant obligatoire.

La question de la rétention de l'information est beaucoup plus importante, en tout cas au sens où elle est largement pratiquée. Permettez-moi de citer quelques exemples.

Dans les affaires criminelles, « le casier judiciaire du prévenu qui ne témoigne pas en général ne peut pas être soumis au jury pour prouver sa tendance à commettre de tels actes. Il est plus vraisemblable qu'un accusé dont le casier judiciaire n'est pas vierge ait commis le délit jugé, cependant la valeur de cette information est considérée comme ne l'emportant pas sur son effet

12 Si il ou elle porte un nom ou un prénom indiquant son origine ethnique, cela pourrait aussi être caché. On parle beaucoup aujourd'hui de *curriculum vitae* rendu anonyme de cette manière.

nuisible potentiel » (Diamond, Casper & Ostergren 1989, p. 249). De plus, de nombreux États n'autorisent pas les parties ou la cour à informer le jury de la peine qu'encourrait le contrevenant si le jury refusait d'imposer la peine de mort (*ibid.*, p. 254).

Dans les affaires civiles, les jurés ne sont pas censés savoir « 1. Qu'il est exclu qu'un plaignant qui porte 50 % de la responsabilité dans ses pertes reçoive réparation ; 2. Que l'accusé a une assurance responsabilité civile ; 3. Que les parties ont pris leurs dispositions pour le paiement des frais d'avocat ; 4. Que les dommages-intérêts ne seront pas nécessairement soumis à l'impôt ; 5. Que des parties initiales en cause ont négocié un accord en privé ; 6. Que des offres d'accord négocié ont été rejetées ; 7. Que des réparations ont été faites suite à un accident ; et 8. Que selon la loi, des dommages-intérêts accordés par un jury dans un procès antitrust privé sont automatiquement triplés par la cour » (*ibid.*).

Là, c'est la *loi* qui encadre l'information. Dans un cas important, cela est laissé à la discrétion du juge. Les jurés anglo-américains sont censés n'être que des découvreurs de fait, et laisser le droit à la cour. Mais, ce qui prête à confusion, ils sont aussi autorisés à décider selon leur conscience (invalidation du jury). Les jurés n'étant pas toujours conscients de leur pouvoir à ce niveau, il faut savoir si le juge doit leur en parler. Dans *United States v. Dougherty*, la Cour a déclaré, paraphrasant Horowitz (2007-08, p. 434) que « l'invalidation peut occasionnellement être une bonne chose mais qu'il n'est absolument pas nécessaire d'informer les jurés de cette possibilité ». En d'autres termes, la cour « a exprimé une préférence pour une invalidation *sua sponte* par les jurés naïfs » (*ibid.*). Comme on l'imagine aisément, on trouve aussi des arguments en faveur de l'information obligatoire des jurés sur leur droit à invalider.

Plutôt que de continuer à énumérer les causes des règles de preuves admissibles et leur efficacité (parfois douteuse), permettez-moi de dire rapidement ce qui se produit lorsqu'on *ordonne* aux jurés *d'ignorer* certaines informations plutôt que de simplement ne pas les *recevoir*. En général, il est psychologiquement très difficile de décider d'ignorer ce que l'on sait. Même lorsqu'on précise aux jurés que le casier d'un prévenu ne doit compter que pour la crédibilité de ses affirmations et pas pour sa culpabilité (au-delà de ce que le manque de crédibilité peut impliquer quant à sa culpabilité), ils ont tendance à faire jouer le casier comme une preuve *directe* contre lui (Wissler & Saks 1985). Qui plus est vous *dire* d'ignorer quelque chose déclenche souvent la *réactance*, tendance à se rebeller contre la perte d'autonomie perçue (Brehm 1966). Parfois, les malades ne prennent pas leurs médicaments parce qu'on leur a *dit* de les prendre (Fogarty 1997). De même, il semble que les jurés accordent plus de poids aux preuves quand on leur ordonne de les ignorer (Lieberman and Sales 1997, p. 607-608).

XI. — PROPOS CONCLUSIFS

De la lecture de cet article devrait ressortir clairement que les questions de secret et de publicité sont au cœur de l'organisation d'un jury. Pour enfoncer le clou, je ne connais aucun autre problème où les concepteurs des institutions soient aussi obsédés par le secret. Cette controverse déchaîne les passions.

Parmi les connaissances qui peuvent être refusées, restreintes ou accordées aux jurés et aux non-jurés on compte :

- Le juré sait ce que les autres jurés pensent
- Les non-jurés connaissent la façon de penser des jurés
- Le juré connaît le vote des autres jurés pour le verdict et la peine
- Le juré connaît le vote des autres jurés pour le choix du chef du jury
- Les non-jurés savent comment les jurés ont voté individuellement
- Les non-jurés savent comment des groupes de jurés ont voté
- Les jurés ou d'autres savent combien ont voté la condamnation
- La connaissance par le juré de certains aspects de l'affaire
- La connaissance juridique du juré (invalidation)
- Le défendeur connaît l'identité des jurés
- Le juré connaît l'identité du défendeur

On a vu que certains politiciens et auteurs ont tenté de justifier les scrutins secrets et même l'anonymat des participants en faisant référence à d'autres institutions démocratiques, telles que les élections ou la prise de décision lors d'assemblées. À mon avis, ce type d'argument ne peut aboutir. Le choix entre le secret et la publicité dans les neuf orientations explorées ci-dessus devrait se faire en considérant les effets de la fidélité des verdicts aux faits et à la moralité normative des décisions (et peut-être aussi aux coûts du système).

Les effets du secret obligatoire différeront en général de ceux du secret en option. Dans certains cas, le secret en option ne sert à rien et va à l'encontre du but recherché. Si les votants peuvent laisser les autres observer comment ils votent, leur décision de dissimuler leur vote peut déjà permettre aux autres de supputer ce qu'ils vont voter. Dans les assemblées révolutionnaires, il peut être possible de déduire les préférences de ceux qui s'opposent au vote par appel nominal. De même, si le scrutin secret n'était qu'une option en cour martiale et qu'un subalterne le demandait, ses supérieurs risqueraient de deviner ce qu'il va voter. Au cas où le choix d'un jury anonyme ou (hypothétiquement) d'un défendeur invisible est proposé, il est probable que les jurés en déduiront la culpabilité de l'accusé. Néanmoins on a vu que, selon certains, on pourrait tirer la même conclusion d'un anonymat obligatoire du jury.

Pour les scrutins secrets en option, la direction d'un effet de cause à effet est plus difficile à évaluer, à cause de son caractère endogène. Le scrutin secret a-t-il tendance à créer des jurys qui ne parviennent pas à se départager ou bien ces jurys ont-ils une propension à utiliser le scrutin secret ? Comme le notent Kerr & MacCoun (1985, p. 352), « les jurys qui préfèrent procéder par scrutin secret peuvent recourir à d'autres méthodes pour rendre l'accord moins probable (c'est-à-dire éviter un conflit direct et ouvert qui peut être nécessaire pour parvenir à l'unanimité) ». Parallèlement, si les défendeurs ont le choix de se rendre invisibles au jury et que ceux qui choisissent cette option se retrouvent plus souvent condamnés, ce peut être soit à cause de l'impact de la non-visibilité par le jury, soit à cause de l'auto-sélection par l'accusé.

Le législateur peut également tenter d'atteindre le but recherché par le secret par d'autres moyens. S'il souhaite diminuer le taux d'acquiescement, il peut rompre le huis clos du jury en lui adjoignant des magistrats, réduire la minorité requise pour la condamnation ou augmenter la qualification censitaire des jurés. Dans la France des XIX^e et XX^e siècles, on trouve les trois réponses. S'il préfère réduire le nombre des jurys en ballottage, il peut soit

imposer le vote public (en supposant que le scrutin secret favorise les jurys qui ont du mal à se départager) soit réduire la majorité nécessaire pour prononcer la culpabilité. Pour éviter l'auto-sélection du chef du jury, il peut exiger que ce dernier soit choisi au scrutin secret, par tirage au sort ou par âge. Pour éviter la subornation des jurés, il peut imposer l'usage du scrutin secret (mais pas en même temps demander l'unanimité pour la condamnation) ou demander que les jurés soient assez riches pour résister à la corruption. Le choix au hasard du chef du jury et le vote secret peuvent constituer d'autres méthodes pour éviter que des individus auto-choisis ne dominent le jury.

Pour terminer, je me suis employé à souligner la nature douteuse de bien des déclarations sur les effets du secret et de la publicité. Un changement de régime aura sans doute souvent des effets positifs et négatifs, le résultat final restant indéterminé. En pratique, cela confère un gros avantage au *statu quo*.

jon.elster@college-de-france.fr

Bibliographie

- Abramovsky, A. & Edelstein, J. (1996), "Cameras in the jury room",
 Abramovsky, A. & Edelstein, J. (1998-99), *Arizona State Law Journal* 28, 865-92.
 AM = *L'Ancien Moniteur*, Paris 1840-45.
 Bentham, J. (1999), *Political Tactics*, Oxford University Press.
 Brehm, J. (1966), *A Theory of Psychological Reactance*, New York : Academic Press.
 Boster, F., Hunter, J., & Hale, J. (1991), "An information-processing model of jury decision making", *Communication Research* 18, 524-547.
 Brinks, D. (2004), *Legal tolls and the rule of law*, Ph. D. Dissertation Notre Dame University.
 Campbell, E. (1985), "Jury secrecy and contempt of court", *Monash Law Review* 11, 169-200.
 Castaldo, A. (1989), *Les Méthodes de travail de la Constituante*, Paris, PUF.
 Claverie, E. (1984), « De la difficulté de faire un citoyen : les "acquittements scandaleux" du jury dans la France provinciale du début du XIX^e », *Études rurales* 95-96 (1984), 143-66.
 Connes, F. (2008), *La Sécurité des systèmes de vote*, Thèse de Droit, Université Paris II.
 Courselle, D. (2005-2006), "Struggling with jury secrecy, jury independence, and jury reform", *South Carolina Law Review* 57, 203-54.
 Daly, G. (2004), "Jury secrecy : R v Mirza ; R v Connor and Rollock", *The International Journal of Evidence and Proof* 8, 184-90.
 Dana, J., Cain, D. & Dawes, R. (2006), "What you don't know can't hurt me", *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 100, 193-201.
 Darbyshire, P., Maughan, A. & Stewart, A. (2002), "What can the English legal system learn from jury research published up to 2001 ?", Kingston upon Thames, Surrey, U.K. : Kingston Business School.
 Devine, D. et al. (2001), "Jury decision-making : 45 years of empirical research on deliberating groups" *Psychology, Public Policy, and Law*, 7 622 - 727.
 Diamond, S., Casper, J. & Ostergren, L. (1989), "Blindfolding the jury", *Law and Contemporary Problems* 52, 247-68.
 Elster, J. (2004), *Closing the Books*, Cambridge University Press.
 Elster, J. (2007), *Explaining Social Behavior*, Cambridge University Press.
 Elster, J. (2009), *Le Désintéressement*, Paris, Seuil.
 Esmein, A. *Histoire de la procédure criminelle en France : et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours* (1882), Paris, Larose et Forcel.
 Farrand, M., ed. (1966), *Records of the Federal Convention*, New Haven : Yale University Press.
 Fogarty J. (1997), « Reactance theory and patient non-compliance », *Social Science and Medicine* 45, 1277-88.
 Forsyth, W. (1875), *History of Trial by Jury*, at www.constitution.org/cmt/wf/htj.htm
 Garde, P. (2001), "The Danish jury", *International Review of Penal Law* 72, 87-120.
 Goldin and Rouse (2000)

- Haslam, S. *et al.* (1998), "Inspecting the emperor's clothes : Evidence that random selection of leaders can enhance group performance", *Group Dynamics* 2, 168-84.
- Henningsen, D. *et al.* (2004), "It's Good to be leader : The influence of randomly and systematically selected leaders on decision-making groups", *Group Dynamics* 8, 62-76.
- Hoeffel, J. (2005), "Risking the eight amendment : Arbitrariness, juries, and discretion in capital cases", *Boston College Law Review* 46, 705-70.
- Holland, R. (2006), "Improving criminal jury verdicts : Learning from the court-martial", *Journal of Criminal Law & Criminology* 97, 101-146.
- Horowitz, I. (2007-08), "Jury nullification : An empirical perspective", *Northern Illinois University Law Review* 28, 425-51.
- Horwitz, A. (2004-5), "Mixed signals and subtle cues : Jury independence and judicial appointment of the jury foreperson", *Catholic University Law Review* 54, 829-878.
- Howard, B. (1904), "Trial by jury in Germany" *Political Science Quarterly* 19, 650-672.
- Jackson, J., Quinn, K. & O'Malley, T. (1999), "The jury system in contemporary Ireland : In the shadow of a troubled past", *Law and Contemporary Problems* 62, 203-14.
- Kalven, H. & Zeisel, H. (1966), *The American Jury*, University of Chicago Press.
- Kerr, N. & MacCoun, R. (1985), "The effects of jury size and polling method on the process and product of jury deliberation", *Journal of Personality and Social Psychology* 48, 349-63.
- King, N. (1996), "Nameless justice : The case for the routine use of anonymous juries in criminal trials", *Vanderbilt Law Review* 49, 123-59.
- Lieberman, J. & Sales, B. (1997), "What social science teaches us about the jury instruction process", *Psychology, Public Policy, and Law* 3, 589-644.
- Markovitz, A. (2000-2001), "Jury secrecy during deliberations", *Yale Law Journal* 110,
- Meade, E. & Stasavage, D. (2008), "Publicity of debate and the incentive to dissent : Evidence from the US Federal Reserve", *Economic Journal* 118, 695-717.
- Morris, J. (2003), "The anonymous accused", *Boston College Law Review* 44, 901-46.
- Moses, R. (2009) "Scratch the juror's itch - the defender's role in creating a fair deliberative process", <http://juryargument.homestead.com/Sample4.html>.
- Mukhopadhyaya, K. (2003), "Jury size and free rider problem", *Journal of Law, Economics and Organization* 19, 24-44.
- Note : "Trumping the race card : Permitting criminal defendants to remain anonymous and absent from trials to eliminate racial jury bias", *Georgetown Journal of Legal Ethics* 18 (2005), 1150-60.
- Note : "Public disclosures of jury deliberations", *Harvard Law Review* 96 (1983), 886-906.
- Page, S. (2007), *The Difference*, Princeton University Press.
- Pierre, E. (1893), *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, Paris.
- Rastgoufard, B. (2003), "Pay attention to that green curtain : Anonymity and the courts", *Case Western Reserve Law Review* 53 1009-40.
- Ruprecht, C. (1997-98), "Are verdicts, too, like sausages ? : Lifting the cloak on jury secrecy", *University of Pennsylvania Law Review* 146, 217-68.
- Schwartz, E. (2006), "Secret ballot or a show of hands ?", *Lawyers Weekly USA*, February 27.
- Siegismund, E. (2000), "The function of honorary judges in criminal law proceedings in Germany", www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms_all/no56.pdf.
- Smith, A. (1759/1976), *The Theory of Moral Sentiments*, Oxford University Press.
- Stavely, E. (1972), *Greek and Roman Voting and Elections*, London : Thames and Hudson.
- Stephens, J. (1883), *A History of the Criminal Law of England*, London : Macmillan.
- Sunstein, C. *et al.* (2002), *Punitive Damages*, University of Chicago Press.
- Tocqueville, A. de (1986), *De la démocratie en Amérique, Souvenirs, l'Ancien Régime et la Révolution* Paris, Robert Laffont « Bouquins ».
- Urfalino, P. (2007), « La Décision par consensus apparent. Nature et propriétés », *Revue européenne des sciences sociales* 45, 34-59.
- US Senate (1956), "Recording of jury deliberations", Washington D.C : Government Printing Office.
- Vernier, D. (2007), *Jury et démocratie*, Thèse de Doctorat, ÉNS Cachan.
- Waters, N. & Hans, V. (2009), "A jury of one : Opinion formation, conformity, and dissent on juries", *Journal of Empirical Legal Studies* 6, 513-40.
- Wissler, R. & Saks, M. (1985), "On the inefficacy of limiting jury instructions", *Psychology, Public Policy, and Law* 7, 37-48.

Traduction Florence Barberousse