



HAL
open science

L'influence des biais cognitifs dans le processus judiciaire

Marine Magadoux

► **To cite this version:**

Marine Magadoux. L'influence des biais cognitifs dans le processus judiciaire. Sciences de l'Homme et Société. 2022. dumas-03716615

HAL Id: dumas-03716615

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-03716615v1>

Submitted on 7 Jul 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Faculté de Droit et
de Science Politique
Aix-Marseille Université



AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

MASTER 2 PARCOURS SÉCURITÉ INTÉRIEURE

L'INFLUENCE DES BIAIS COGNITIFS DANS LE PROCESSUS JUDICIAIRE

Présenté et soutenu par

MARINE MAGADOUX

Directeur de recherche : Monsieur Xavier LEONETTI

- Année 2021 / 2022 -

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire, qui doivent être considérées comme propres à leur auteurs.

REMERCIEMENTS

Je tiens à adresser mes plus sincères remerciements à mon directeur de mémoire monsieur Xavier LEONETTI, qui en plus d'être celui qui m'a guidée au cours de mes recherches, est également celui qui a fait naître en moi un vif intérêt pour les biais cognitifs.

Je salue également avec un immense respect l'ensemble des juges du Tribunal judiciaire d'Aix-en-Provence qui, au cours de mes stages, m'ont particulièrement aidée grâce à leur perception des biais cognitifs.

Enfin, j'exprime ma plus profonde gratitude à l'endroit de monsieur le Professeur Jean-Baptiste PERRIER, qui a été la pierre angulaire de cette enrichissante année de Master 2. Je le remercie sincèrement pour sa disponibilité, sa bienveillance, ainsi que pour les riches enseignements qu'il m'a permis de suivre.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

<i>AJ Pénal</i>	Actualité juridique Pénal
<i>AJDA</i>	Actualité juridique droit administratif
<i>Ibid</i>	Au même endroit
<i>Crim.</i>	Cassation, chambre criminelle
<i>C. civ.</i>	Code civil
<i>C. pr. pén.</i>	Code de procédure pénale
<i>C. pén.</i>	Code pénal
<i>Cons. const.</i>	Conseil constitutionnel
<i>Convention européenne des droits de l'homme</i>	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
<i>Corr.</i>	Correctionnel/le
<i>CA</i>	Cour d'appel
<i>C. assises</i>	Cour d'assises
<i>Cass.</i>	Cour de cassation
<i>Déc.</i>	Décision
<i>S.</i>	Et suivants
<i>N°</i>	Numéro
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , cité précédemment
<i>P.</i>	Page
<i>Proc. rép.</i>	Procureur de la République
<i>Proc. gén.</i>	Procureur général
<i>TJ</i>	Tribunal Judiciaire
<i>UE</i>	Union européenne

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

LES BIAIS COGNITIFS DANS LE PROCESSUS DE DÉCISION JUDICIAIRE

Chapitre 1 - Le procès pénal sous l'angle des biais cognitifs des juges

SECTION 1 - L'INFLUENCE DES BIAIS COGNITIFS SUR LA DÉTERMINATION DE LA CULPABILITÉ

SECTION 2 - L'INFLUENCE DES BIAIS COGNITIFS SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE

Chapitre 2 - Le procès pénal sous l'angle des biais cognitifs des autres acteurs et parties au procès pénal

SECTION 1 - L'IMPACT DES EXPERTS

SECTION 2 - L'IMPACT DES ENQUÊTEURS

SECONDE PARTIE

LES CONSÉQUENCES DES BIAIS COGNITIFS SUR LES DÉCISIONS JUDICIAIRES ET LES PRINCIPES JURIDIQUES

Chapitre 1 - L'influence exercée au moyen des biais cognitifs des juges

SECTION 1 - L'INCIDENCE DE L'AVOCAT ET DES PARTIES SUR LES BIAIS COGNITIFS DES JUGES

SECTION 2 - L'IMPULSION DES BIAIS COGNITIFS DES JUGES PAR LE MINISTÈRE PUBLIC

Chapitre 2 - Le principe d'impartialité du juge et les limites aux biais cognitifs

SECTION 1 - UN PRINCIPE D'IMPARTIALITÉ GARANT DU PROCÈS PÉNAL

SECTION 2 - LE MAINTIEN D'UNE COHABITATION ENTRE DEUX NOTIONS DIVERGENTES : L'INTIME CONVICTION ET L'IMPARTIALITÉ DU JUGE

CONCLUSION

INTRODUCTION

“L'idée que nous nous faisons de la manière dont nous viennent nos pensées est souvent fausse. Nous pensons que nous avons des raisons de penser ce que nous pensons... En fait nous croyons ces raisons parce que nous avons des croyances”¹.

L'émergence de la volonté de décrypter les comportements. Le déploiement de nouvelles questions, conjugué avec la volonté de décrypter les comportements humains à travers leurs fonctionnements cognitifs, a permis de se pencher sur l'étude du processus décisionnel des individus. Cette analyse met en exergue que la rationalité, au cœur du modèle de l'*homo economicus*, ne permet pas à elle seule de comprendre les choix opérés. Il convient de faire la différence entre, d'une part, le fonctionnement conscient qui reflète la perception de l'environnement tel que nous l'observons immédiatement et, d'autre part, le fonctionnement inconscient. L'image que nous percevons ne serait qu'une interprétation de la réalité du monde physique dans lequel nous sommes immergés, dépendante de nos hypothèses *a priori*². Toutefois, l'étude de la psychologie cognitive et des neurosciences font ressortir l'idée selon laquelle certains mécanismes automatiques, inhérents à notre registre inconscient, viennent modifier nos jugements et nos décisions et peuvent faire émerger des biais cognitifs³.

Le concept de biais cognitifs. Les notions d'heuristique et de biais cognitifs sont initialement rattachées aux études menées par Amos TVERSKY et Daniel KAHNEMAN, qui proposent un modèle de rationalité limitée de la pensée humaine⁴. Ils mettent en exergue que certaines décisions des individus sont le fruit d'une part d'irrationalité et ce, du fait des heuristiques.

¹ D. Kahneman, *Entretien Sciences Humaines*, 2013, n°246.

² Neurosciences et pratiques judiciaires, Actes du colloque pluridisciplinaire du 18 et 19 mai 2021, juin 2021, p. 5.

³ D. Kahneman, *Thinking fast and slow*, Allen Lane, 2011.

⁴ M. Adjaout-Ponsard, “Biais cognitifs et comportement judiciaire”, *Les cahiers de la justice*, 2021/3, p. 485 à 501.

Selon eux, la pensée humaine a recours inconsciemment à des raccourcis cognitifs lorsqu'elle est en situation d'incertitude ou de jugement complexe⁵, de sorte que des opérations intuitives et rapides sont formées. Ces opérations permettent de simplifier l'estimation et la prédiction des valeurs ou des probabilités⁶, mais peuvent être à l'origine d'erreurs de jugement qui sont formées par des biais cognitifs. En effet, lorsque la réalité est déformée par ce processus rapide et intuitif de décision, elle n'est pas à l'abri de distorsions de la pensée. Ce processus est associé, dans les travaux de Daniel KAHNEMAN, au système de pensée 1. Tandis que le système 2 est celui fondé sur des règles, qui est plus lent et conscient⁷. Ils fonctionnent simultanément et en parallèle, cependant le système 1 fonctionne toujours alors que le système 2 nécessite une concentration plus poussée qui permet de contrer les erreurs du système 1. Pour autant, cela ne signifie pas que le système 2 est toujours de nature à corriger les erreurs du raisonnement rapide et intuitif, du fait d'une analyse superficielle opérée par le cerveau.⁸ Ces notions relatives aux deux systèmes de pensée, relèvent d'une conception dite dualiste de la mécanique cognitive humaine⁹.

Façonnés par une multitude de facteurs *extra* et *intra*-individuels, les biais cognitifs sont relatifs à la subjectivité de chacun des individus. En effet, les raisonnements sont internes et propres à chacun de sorte que les biais qui peuvent se former ne relèvent pas d'une science exacte forgée par un processus systématique. Le médecin William Osler relevait à ce propos que "*sans la grande variabilité entre les individus, la médecine pourrait être une science et non un art*".

Dans la même lignée, puisque les biais cognitifs sont propres à chacun, cela signifie que nous ne sommes pas touchés par ces derniers de la même manière. Autrement dit, même si deux personnes sont placées exactement dans la même situation, il ne faudrait pas en déduire qu'elles sont en proie aux mêmes distorsions de raisonnement, ni à la même intensité.

⁵ A. Traversky, D. Kahneman, "*Judgment under uncertainty: heuristics and biases*", Cambridge University Press, 1982, p.79-88.

⁶ M. Adjaout-Ponsard *op. cit.*

⁷ D. Kahneman, "*Thinking Fast and Slow*", *op. cit.* New-York: Farrar, Straus and Giroux, 2011, p. 19-21.

⁸ M. Adjaout-Ponsard, *op. cit.*

⁹ S.B Jonathan, K.E. Stanovich "*Dual-process theories of higher cognition: advancing the debate*", *Perspectives on psychological science*, 2013, 8, p. 223.

Les illustrations de certains biais. Partant de cette définition, il est possible d'en illustrer la notion par la réponse à la question suivante : aux États-Unis, les décès par homicide sont-ils plus fréquents que les suicides ? Une majeure partie de la population serait orientée vers une réponse positive car les informations sélectionnées par notre cerveau tendent vers notre mémoire, qui est elle-même orientée par les informations connues. Or, les homicides étant plus médiatisés que les suicides, le cerveau va prendre cette donnée disponible afin de construire son jugement. Il s'agit de l'heuristique de disponibilité¹⁰. Véritablement, les décès avec arme à feu concernent deux fois plus de suicides que d'homicides.

Il est également possible d'illustrer la notion de biais cognitifs par les explications tirées de l'analyse du comportement humain, qui n'échappent pas à la potentielle émergence de distorsions de jugement. À cet égard, il semble intéressant d'évoquer les interprétations tirées des expériences psychosociales menées par Milgram ou encore Zimbarbo. L'expérience de Milgram cherchait à évaluer le degré d'obéissance des individus face à l'autorité. Chacun des volontaires était persuadé de participer à une expérience sur la mémoire. Une personne est attachée à une chaîne et connectée à un dispositif de décharges électriques. Le volontaire doit déclencher les décharges en cas de mauvaise réponse. Il apparaît que 62% des volontaires ont administré des chocs. L'interprétation de ces résultats a été expliquée principalement par des causes internes relatives à la personnalité des individus : l'obéissance depuis l'enfance, la peur de la punition en cas d'insoumission aux ordres, le confort de l'obéissance ou encore le conformisme. Pour autant, faibles sont les interprétations qui ont pris en considération de la même manière ces éléments internes, et les causes externes concernant les facteurs situationnels.

La même conséquence est à tirer concernant l'expérience de Zimbardo, intitulée l'expérience de Stanford. Elle consistait à attribuer aléatoirement à la moitié des étudiants le rôle de gardiens et à l'autre moitié le rôle de prisonniers.

¹⁰ V. Berthet, D. Autissier, *op. cit*, Introduction. L'importance des biais cognitifs au quotidien, 2021, p. 6 à 10.

Les circonstances étaient assez réalistes, des policiers venaient chercher les faux prisonniers, les menottaient et les enfermaient dans la prison factice qui se trouvait au sous-sol de l'université et qui comportait uniquement trois cellules, une salle de repos et un placard étroit. L'expérience a dû être écourtée du fait des dépassements des rôles qui ont fait naître des situations dangereuses et psychologiquement néfastes telles que des brimades physiques et des sévices. De la même manière que l'expérience de Milgram, les facteurs relatifs au contexte et aux spécificités de la situation ont été négligés dans l'analyse des comportements des étudiants. Cette distorsion cognitive est une autre forme que peut prendre le biais d'attribution.

Pour en conclure sur la définition des biais cognitifs, leur considération demeure importante à l'aune des automatismes de la pensée qui doivent pousser les individus à être hâtifs dans l'expression de leurs croyances, du fait de leurs connaissances parcellaires et subjectives. Comme l'ont souligné les économistes March et Simon, théoriciens de la rationalité limitée, "*la connaissance est toujours fragmentaire*¹¹".

Une utilisation croissante et récente de la notion de biais cognitifs. L'étude des biais cognitifs est croissante dans le sens où son analyse et son intégration semblent s'insérer peu à peu dans le langage commun grâce aux connexions entre ces derniers et certaines disciplines. À titre d'exemple, lors du colloque Experts et Expertises pénales qui s'est tenu à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-en-Provence le 5 mai 2022, le Professeur Patrick MORVAN a enrichi son intervention par la notion de biais cognitifs imputables aux psychiatres et psychologues. De la même manière, l'ouvrage du politologue Clément Viktorovitch, *Le Pouvoir rhétorique : Apprendre à convaincre et à décrypter les discours*¹², est enrichi par la notion de biais cognitifs au regard du pouvoir de la rhétorique.

¹¹ J-G. March, H.Simon, *Organizations*, New York: John Wiley and sons, 1958.

¹² C. Viktorovitch, *Le pouvoir rhétorique: Apprendre à convaincre et à décrypter les discours*, 2021, p. 43.

L'auteur y expose l'importance de l'éloquence, de l'art de bien parler et des moyens mis en œuvre dans les discours afin de convaincre ou, *a contrario*, de discréditer une théorie ou une pensée. Il met ainsi en exergue l'importance du discours tant dans la formation de biais cognitifs que dans l'utilisation de ceux-ci afin de faire adhérer à une idée. Par conséquent, la notion de biais cognitifs n'est plus totalement étrangère à l'ensemble des individus. Elle a dépassé le cadre restreint réservé aux études relatives à la psychologie ou aux neurosciences, pour s'étendre vers une notion commune qui tend à se faire connaître par la totalité de la population.

Utilisée à la fois dans un colloque concernant les experts puis dans un ouvrage récent dont l'objet est de décrypter le comportement de chaque individu grâce à la rhétorique, il convient d'en déduire que l'impact des biais cognitifs n'est pas limité à une catégorie de population ou à une activité particulière. Ils peuvent toucher de la même manière un recruteur qui interprète un échec par un manque de compétence en négligeant le rôle du contexte et des circonstances. Ou encore un juge qui va fixer un *quantum* au regard de la peine requise par le procureur¹³. Pourtant d'une apparence banale, le fait d'interpréter une erreur comme étant causée par les caractéristiques d'autrui plutôt qu'aux circonstances extérieures, ou le fait d'être influencé dans son jugement par une valeur donnée préalablement, sont des distorsions de raisonnement qui s'assimilent à certains types de biais cognitifs ; à savoir le biais d'attribution et le biais d'ancrage.

Le constat d'une ambiguïté conceptuelle expliquée par l'approche historique.

La notion de biais cognitifs fait l'objet d'une difficulté quant à la reconnaissance de l'importance des sciences cognitives dans la compréhension des décisions et des comportements des individus. Avant d'étayer cette affirmation, il convient d'affirmer dans un premier temps que le développement des sciences cognitives a permis d'agrémenter de nombreuses disciplines des sciences humaines telles que la psychologie, l'anthropologie, la philosophie ou encore la sociologie, même si cette dernière est restée en retrait pendant un certain temps¹⁴.

¹³ V. Berthet, D. Autissier, *Stop aux erreurs de décision!*, 2021, chap.6, p. 92.

¹⁴ L. Kaufmann, F. Clément, *La sociologie cognitive*, La Maison des sciences de l'homme, 2011, p. 7.

Toutefois, une distinction fondamentale est à poser entre les sciences sociales et les sciences cognitives. Alors que les sciences sociales tentent de décrypter les comportements au travers de la construction sociale et de la maîtrise des règles culturelles préétablies¹⁵ ; les sciences cognitives reposent sur le *for intérieur* avec des distorsions mentales inconscientes. Autrement dit, il s'agit de la subjectivité que nous avons énoncée précédemment, induisant l'absence de prédiction et de contrôle sur le raisonnement d'un individu. Ainsi, il échappe à la résultante compréhensible et expliquée des systèmes «culturels historiques et contingents»¹⁶, propres aux sciences sociales.

Le rapport entre ces deux sciences ne doit pas être vu uniquement au travers de leurs différences induisant une confrontation. En effet, une complémentarité transparait et permet d'allier à la fois l'apprentissage d'une certaine culture et d'une vision de la société, avec les processus cognitifs inconscients. Une telle analyse permet de se rapprocher des études faites sur le *sentencing*, qui fera l'objet d'un rattachement aux biais cognitifs dans le corps du développement. Le *sentencing* est l'étude de la détermination de la peine par le juge, qui s'explique à l'aide des caractéristiques personnelles du magistrat mais également par les facteurs cognitifs et affectifs de ce dernier. La décision judiciaire est issue de l'accumulation d'influences internes et externes dont chaque acteur contribue à sa manière.

L'intégration de la psychologie et de la psychiatrie dans le processus judiciaire. L'étude des biais cognitifs est en lien avec l'étude de psychologie et de la psychiatrie. Ces dernières se sont imposées dans les pratiques judiciaires françaises de telle sorte que l'expertise psychiatrique est obligatoire dans un certain nombre de cas comme en témoigne l'article 706-47 du Code de procédure pénale qui liste les infractions pour lesquelles le recours à un expert est obligatoire. Il s'agit principalement d'infractions de nature sexuelle. Cette obligation est également applicable aux majeurs protégés au visa de l'article 706-115 du Code de procédure pénale ainsi que pour les condamnés sur le fondement de la même liste d'infraction de l'article 706-47 du même Code.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

De plus, l'expertise médicale peut intervenir pour évaluer l'incapacité totale de travail. Lors de la garde à vue, un psychologue peut être désigné afin d'opérer, sur réquisition, une expertise psychologique du plaignant. De la même manière, le président d'une chambre correctionnelle, d'une chambre de Cour d'appel ou le juge d'instruction, peuvent requérir un expert afin de se prononcer sur une hospitalisation avec ou sans abolition de la responsabilité pénale¹⁷. Le juge des enfants peut également désigner un expert psychologue ou un pédopsychiatre notamment dans le cadre de l'assistance éducative¹⁸, tout comme le président de la Cour d'assises peut faire intervenir un expert psychologue ou psychiatre afin de faire le bilan de l'évolution du prévenu¹⁹.

Les biais cognitifs dans la décision judiciaire. L'intégration de la psychologie et de la psychiatrie dans le processus judiciaire est corrélée avec l'intérêt de s'intéresser au comportement du prévenu ou de la partie civile. Toutefois l'intérêt démontré par la prise en compte des biais cognitifs dans les jugements des individus, amène à se pencher sur celle qui est représentée comme la décision rationnelle et objective : la décision judiciaire.

La subjectivité suppose d'attacher plus d'importance, d'empathie, de considération à certaines choses de manière générale. Or, l'acte de juger est incarné par des êtres humains, orientés par leurs passions et leurs désirs et par conséquent, dépendants de leur subjectivité. Le syllogisme qui consisterait à partir du constat que chaque individu est touché par des biais cognitifs, que les juges sont des individus et en tirer la résultante hâtive qu'ils en sont dotés également, serait un raisonnement potentiellement biaisé, fortement restreint et non concluant. Sans être totalement fausse ni totalement vraie, cette conclusion doit être partiellement remise en question dans le cadre de cette étude.

¹⁷ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

¹⁸ G. Lopez, G.Cédile, *L'expertise Pénale psychologique et psychiatrique*, 1. Champ de l'expertise psychiatrique et psychologique pénale, 2014, p. 1 à 10.

¹⁹ *Ibid.*

En effet, il conviendra d'atténuer cette affirmation par la protection encadrant le processus judiciaire telle que l'impartialité du juge, le contradictoire, la collégialité ou plus généralement la procédure. Évoqué précédemment, le constat selon lequel tous les individus ne sont pas impactés de la même manière viendra pencher en la faveur de l'atténuation de ce syllogisme. De la même manière, le contexte est propice à favoriser un raisonnement moins élaboré du fait de la longueur des journées d'audiences ou encore du nombre de dossiers avec des points communs rencontrés. *A contrario*, il conviendra de tendre vers cette conclusion, par une interprétation littérale de la définition des biais cognitifs qui sont propres à la psychologie des individus et reliés à l'étude des neurosciences, par conséquent ils ne peuvent pas épargner totalement l'ensemble des juges mais ils peuvent être atténués et ce, grâce à la protection conférée par le droit. De plus, puisque certains biais sont plus susceptibles d'émerger du fait du contexte, *de facto*, d'autres ne sont pas propices à la situation.

La relation conflictuelle entre les principes juridiques et les biais cognitifs. Toutefois, les principes juridiques permettent-ils uniquement de lutter contre les biais cognitifs, ou pourraient-ils également les favoriser ? La procédure pénale permet à la défense de s'exprimer en dernier au regard des articles 460 et 513 du Code de procédure pénale. Par conséquent, la plaidoirie de la partie civile est présentée en premier, suivie de celle de la défense. Dans la même lignée, le prévenu se voit accorder la parole en dernier. Ces dispositions trouvent leur raison d'être à travers les principes qui régissent la procédure pénale, à savoir la présomption d'innocence et le principe du contradictoire²⁰.

De prime abord, cette répartition dans le moment de parole accordé aux parties semble satisfaisante puisque la défense est en mesure de contredire et réfuter les arguments apportés précédemment par la partie adverse.

²⁰ J. Goldszlagier, "L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire", *Les Cahiers de la justice*, 2015/4, p. 507 à 509.

De plus, la réflexion première que l'on pourrait en tirer est que la disponibilité de la mémoire la plus récente, au moment du délibéré, sera le souvenir de la dernière intervention ; autrement dit celle de la défense²¹. En faveur de cette analyse, le Professeur Jean PRADEL dans son ouvrage "*Le prévenu ou son avocat doivent toujours avoir la parole les derniers*"²² soutient qu'"avoir la parole en dernier c'est un peu avoir raison aux yeux de certaines personnes. Le pénaliste, ici, s'est fait psychologue"²³. À l'encontre de cette analyse peut être opposé le biais d'ancrage, qui considère que la première information donnée au cerveau a une plus grande influence dans la décision prise par un individu dans une situation complexe ou d'incertitude.

Pour autant, la collégialité, qui représente un mode d'organisation juridictionnelle traditionnel, s'érige dans notre raisonnement en défenseur de la prise de décision sans distorsions cognitives. Le principe de l'organisation des audiences correctionnelles en collégialité se trouve énoncé par l'article 398 du Code de procédure pénale dans lequel il est fait référence également à la disposition autorisant la désignation d'un juge unique. En effet, la pluralité des magistrats peut permettre de contrer le processus intuitif de raisonnement des juges lors de la phase de délibéré, puisque chaque magistrat pourra évoquer son raisonnement à l'aune des principes juridiques. De nombreuses autres normes juridiques méritent une analyse plus approfondie de leur conception à travers le prisme des biais cognitifs. À ce titre, le soin sera accordé à l'intime conviction et l'impartialité du juge, d'être plus amplement analysées.

Le lien entre les neurosciences et les biais cognitifs dans la décision judiciaire.

La prise en compte du cognitif dans les décisions judiciaires permet de mieux comprendre le processus décisionnel des juges, mais du point de vue de l'accusé, les neurosciences peuvent servir d'appui pour tenter d'orienter la vérité.

²¹ *Ibid.*

²² J. Pradel, *Le prévenu ou son avocat doivent toujours avoir la parole les derniers*, D. 2001. p.519.

²³ J. Goldszlagier, *op. cit.*

Contesté et d'une application limitée dans le processus judiciaire en France, l'impact des neurosciences ne doit pas être pris à la légère, et ce d'autant plus en considération des potentiels biais cognitifs qui pourraient affleurer du fait d'un raisonnement hâtif construit sur des connaissances parcellaires.

La principale illustration de l'utilisation des neurosciences en tant que preuve, a été celle exercée en Inde en 2008, dans laquelle une jeune indienne a été condamnée à perpétuité pour l'empoisonnement de son fiancé. En effet, la technique de l'électroencéphalographie a été utilisée sur cette dernière afin de prouver que le mot « arsenic » ne lui était pas étranger. Toutefois, la Cour Indienne est finalement revenue sur sa décision de condamnation après que l'Institut indien des neurosciences a émis une contestation à l'égard de l'utilisation de ce moyen en tant que preuve. La France, quant à elle, a modifié par la loi du 2 août 2021²⁴, l'article 16-14 du Code civil afin de rajouter l'interdiction de l'imagerie cérébrale fonctionnelle dans le cadre d'expertises judiciaires. Jusqu'alors, cette précision n'était pas intervenue, laissant ainsi une porte ouverte à son utilisation. Par conséquent, ce rajout permet de poser l'interdiction de son recours. Toutefois, par une interprétation *a contrario*, il convient d'en déduire que les autres techniques d'imagerie cérébrale restent potentiellement utilisables dans le cadre de l'expertise judiciaire, mais il n'est pas fait état de leur application dans la jurisprudence récente.

L'émergence des neurosciences, que l'on peut relier avec la croissante augmentation des études sur l'importance des biais cognitifs dans les prises de décisions des individus, trouve un intérêt particulier dans l'analyse du processus judiciaire. De l'enquêteur au juge, en passant par l'expert ou encore le témoin, aucun n'est épargné par d'éventuelles déformations du raisonnement qui peuvent venir donner un sens différent à la procédure judiciaire en cours et à la décision qui en résulte.

²⁴ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, art. 18.

De la même manière, par la connaissance que ces biais peuvent aiguiller une décision, il n'est pas exclu de penser qu'ils puissent être l'objet d'une stratégie. En guise d'illustration, puisque le biais cognitif implicite reflète la considération apportée inconsciemment à la première impression, il pourrait être intéressant pour le prévenu de se présenter à la barre avec une tenue vestimentaire correcte, un style de langage soigné et un projet professionnel à présenter aux juges.

Partant, il convient de préciser le postulat de cette étude en affirmant que les biais cognitifs peuvent toucher l'ensemble des individus mais pas de façon systématique ni dans la même mesure²⁵. Toutefois, dans quel contexte sont-ils propices à éclore ? L'accroissement des études sur les biais cognitifs amène à s'interroger sur l'influence qu'ils peuvent avoir sur la décision judiciaire. Cette influence mérite d'être analysée depuis l'enquête policière jusqu'au procès pénal. Ainsi, il convient de se demander quelle influence les biais cognitifs ont-ils sur le processus judiciaire. Pour ce faire, il s'agira d'étudier dans un premier temps les biais cognitifs dans le processus de décision judiciaire (**Première partie**) avant d'analyser leurs conséquences sur les décisions judiciaires et les principes juridiques (**Seconde partie**).

²⁵ V. Berthet, *op.cit.*

PREMIÈRE PARTIE

LES BIAIS COGNITIFS DANS LE PROCESSUS DE DÉCISION JUDICIAIRE

Le processus de décision judiciaire n'est pas délimité par un processus linéaire et strictement rationnel. En effet, la fonction de juger n'épargne pas les juges du développement de biais cognitifs (**chapitre 1**) dont certains d'entre eux peuvent être occasionnés par les parties (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1 - LE PROCÈS PÉNAL SOUS L'ANGLE DES BIAIS COGNITIFS DES JUGES

Afin de mener au mieux notre étude - sans pour autant prétendre à l'exhaustivité - il convient de scinder l'étude des biais cognitifs des juges au stade de la détermination de la culpabilité (**Section 1**), puis au stade de la détermination de la peine (**Section 2**).

Section 1 - L'influence des biais cognitifs sur la détermination de la culpabilité

Lors du procès pénal, la détermination de la culpabilité du prévenu se forme au travers de la reprise des éléments probatoires soumis au débat contradictoire, afin d'essayer de se rapprocher de la vérité factuelle (*Paragraphe 1*). Partant, l'intime conviction du juge devrait se forger durant les débats (*Paragraphe 2*). Toutefois ces deux étapes peuvent être influencées par l'émergence de biais cognitifs des juges.

Paragraphe 1 - La recherche de la vérité confrontée aux biais cognitifs

L'interprétation des éléments probatoires peut différer tant à l'aune de l'expérience professionnelle des juges, notamment au regard des affaires similaires qu'ils ont pu rencontrer (**A**), que par les conditions de travail dans lesquelles ils sont amenés à prendre des décisions (**B**).

A- L'impact de l'inférence arbitraire

La vérité est l'un des objectifs recherchés par les enquêteurs, démontrés par les parties et analysés par les juges. Elle s'impose par sa considération dans la pratique mais également par la protection qu'il lui est octroyée dans les textes juridiques. À ce titre, le Code de procédure pénale indique notamment que le juge d'instruction procède à « tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité »²⁶.

La volonté de découvrir la vérité sur des allégations, des faits, la provenance de certains éléments ou bien d'une empreinte digitale, ne doit pas être comprise comme un objectif absolu. Les textes juridiques sont les garde-fous garantissant une protection des individus contre des dérives qui pourraient porter une atteinte disproportionnée à leurs droits et libertés. Est notamment prohibé le recours à la torture et aux traitements inhumains et dégradants par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, de sorte que l'utilisation d'une preuve ayant été obtenue par ce moyen entraîne son exclusion.

La perception de la vérité est subjective, à la fois car le récit d'une vérité varie d'une personne à une autre, mais également car lors du procès pénal, la vérité judiciaire qui s'impose n'est pas toujours celle qui correspond à la vérité factuelle. La vérité est recherchée par l'ensemble des acteurs durant le processus judiciaire afin d'être analysée par les juges durant le procès pénal. Elle est constamment remise en question et réfutée par les parties à cette occasion, de telle sorte que le raisonnement menant à la perception de la vérité n'est pas épargné par l'impact des biais cognitifs.

²⁶ C. pr. pén., art 81 : «Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge. [...]».

À cet égard, le biais d'inférence arbitraire pourrait orienter la perception de la vérité. En effet, d'une manière générale, il s'agit de l'interprétation des actes ou des pensées d'un individu à l'aune de nos expériences précédentes ou de notre apprentissage. Autrement dit, ce biais engendre des conclusions hâtives d'un événement alors qu'il n'y a aucune information permettant de les comprendre, voire même, lorsqu'il y a des renseignements qui vont dans le sens contraire. Par conséquent, l'individu va interpréter la situation d'une certaine manière en se basant par exemple sur ses expériences antérieures.

Le biais d'inférence arbitraire se doit d'être rapproché de l'heuristique de représentativité. Celui-ci est associé au processus d'assimilation au regard des « schémas »²⁷ disponibles dans la mémoire d'un individu. Il offre un raccourci qui permet d'introduire un élément ou un acte dans une catégorie déjà connue, afin d'éviter de devoir rechercher les caractéristiques propres à cet élément.

Appliqués dans le cadre du procès pénal, le biais d'inférence arbitraire et l'heuristique de disponibilité pourraient pousser un juge à déterminer la culpabilité du prévenu dans une situation complexe, au regard non pas d'une analyse spécifique et approfondie des éléments de preuve et de la personnalité de l'individu, mais plutôt par l'influence des affaires similaires auxquelles il a pu être confronté. A titre d'exemple, il pourrait être influencé par une audience antérieure dans laquelle se trouvait des éléments communs, et ainsi créer une assimilation lui permettant d'orienter ses croyances et donc, la perception de la vérité qui emporte sa conviction.

De la même manière, l'illusion des séries est un biais cognitif qui influence les croyances des individus sur des données dues au hasard. À tort, le cerveau peut percevoir ces coïncidences comme des événements liés. Par conséquent, la recherche de la vérité pourrait être biaisée par l'accumulation de certains éléments que le juge interprète comme ne pouvant pas être le fruit du hasard. En guise d'illustration, il convient d'évoquer une affaire qui s'est déroulée le 22 février 2022 à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence concernant des faits de vol sur un chantier.

²⁷ M. Adjaout-Ponsard, Biais cognitifs et comportement judiciaire, Les cahiers de la justice, 2021, n°3, p. 485 à 501, *op. cit*

En l'espèce, des tuyaux similaires à ceux provenant d'un vol avaient été retrouvés dans la cave du prévenu, et ce dernier avait été aperçu sur les caméras de surveillance avec l'une des personnes identifiées sur le chantier comme procédant au vol. En première instance, le prévenu avait été condamné alors que le lien entre le vol et les éléments probatoires n'était pas établi. L'interprétation des juges sur la détermination de cette culpabilité peut s'expliquer par l'illusion des séries dans le sens où ils ont évincé l'hypothèse de simples coïncidences. Toutefois, la Cour d'appel est revenue à l'orthodoxie en relaxant le prévenu sur le fondement de l'absence d'éléments probatoires permettant d'établir la certitude du lien reliant le vol avec le prévenu.

L'interprétation qui est induite de l'interférence arbitraire comme de l'illusion des séries, ne doit pas être perçue comme s'éloignant, *de facto*, de la vérité. En effet, la critique que l'on pourrait soulever se situe, d'une part, au regard du principe selon lequel le doute profite à l'accusé et, d'autre part, du fait de l'absence d'éléments probatoires suffisants. Toutefois, si l'on analyse cette réflexion dans la délimitation stricte de la recherche de véracité, ce biais n'implique pas obligatoirement un éloignement de la vérité. En effet, il n'est pas impossible d'écarter l'hypothèse selon laquelle ces coïncidences n'en sont pas réellement.

L'émergence de biais cognitifs des juges s'explique par le fait que l'ensemble des individus peuvent en être plus ou moins influencé, mais également par leurs conditions de travail qui peuvent favoriser leur apparition et orienter la perception de la vérité (**B**).

B - Un attracteur cognitif dû aux conditions de travail des juges

Les conditions de travail des juges ne sont pas à négliger dans l'analyse des biais cognitifs de ces derniers. En effet, la prise de décision ne relève pas uniquement de l'application du droit, elle suppose également de se trouver en pleine capacité cognitive.

Comme le relève le Professeur en Neurologie Philippe DAMIER, « *en fonction de notre fatigue ou de notre charge cognitive, l'activation du cortex préfrontal dorsolatéral est plus ou moins efficace, et par voie de conséquence la qualité de notre contrôle cognitif volontaire. Fatigué ou en charge cognitive forte, les systes automatiques prennent alors plus facilement le dessus et influencent fortement les décisions* »²⁸. Or, les juges passent parfois près de 7 heures consécutives dans une salle d'audience, à devoir analyser chacun des dossiers. Parfois même, ils tranchent sur l'ensemble des délibérés durant ces heures d'audience. Par conséquent, leurs capacités cognitives sont différentes entre le moment de présentation des premiers dossiers de la journée et celui des derniers. La possibilité de formation de raccourcis mentaux est ainsi proportionnelle au niveau de la fatigue.

En plus de la fatigue cognitive causée par le nombre d'heures passées à l'audience, l'habitude engendrée par la similarité entre les infractions et les passifs délinquants, peut favoriser l'apparition de l'heuristique de disponibilité. Ce dernier peut être défini comme la tendance à évaluer la probabilité qu'un évènement se produise ou se soit produit, en fonction d'un évènement analogue disponible dans notre mémoire²⁹. Si la disponibilité des informations fournies par la mémoire est correctement analysée, la formation de biais peut être évitée. Toutefois, si une décision complexe est prise immédiatement, sans réflexion approfondie et à l'aune des informations disponibles en mémoire, celle-ci peut s'avérer biaisée.

En effet, l'heuristique de disponibilité peut être la cause de l'apparition de certains biais cognitifs tels que l'illusion de corrélation, qui peut être reliée aux biais étudiés dans le paragraphe précédent. En effet, une corrélation illusoire peut être induite de la présence dans la mémoire de deux informations concomitantes mais qui ne sont pas forcément en lien.

²⁸ Neurosciences et pratiques judiciaires, Actes du colloque pluridisciplinaire du 18 et 19 mai 2021, juin 2021, p. 5.

²⁹ D.Kahneman, "*Thinking Fast and Slow*", New-York: Farrar, Straus and Giroux, 2011, *op.cit.* p. 19 à 21.

De la même manière, l'apparition du biais rétrospectif peut être causée par l'heuristique de disponibilité. Il s'agit de l'erreur de jugement qui se produit lorsqu'un individu se penche rétrospectivement sur une situation. En ce sens, la perception d'un événement est beaucoup plus claire et paraît d'autant plus prévisible lorsque celui-ci s'est déjà produit, alors même qu'en amont, son apparition ne semblait pas prédictible et encore moins inévitable. Autrement dit, l'individu aura tendance à surestimer rétrospectivement la probabilité qu'un événement allait se produire³⁰.

Au surplus, il convient d'évoquer la défaillance de la connaissance des juges dans certaines matières qui leur sont présentées au cours du procès pénal. En l'absence de qualité d'enquêteur, de scientifique ou de psychologue, les juges doivent se fier à l'ensemble des éléments probatoires et des éléments psychologiques qui leur sont soumis, avant de prendre leur décision. À cet égard, certains biais peuvent émerger tels que le biais de maîtrise de savoir, c'est-à-dire la tendance à penser que l'on sait plus de choses sur un sujet qu'il en est réellement. Tout comme le biais de Dunning-Kruger qui s'appuie sur la surévaluation de notre confiance dans un domaine que nous ne connaissons pas bien - l'inverse étant possible également.

À titre d'illustration, il convient d'évoquer le syndrome du bébé secoué. La Haute Autorité de Santé recommande d'orienter les recherches vers les violences qu'auraient pu avoir les parents envers leurs enfants, lorsque des saignements intracrâniens de leur bébé sont constatés. L'avocat pénaliste Maître Etrillard³¹ évoque à ce propos la dangerosité d'une telle liaison quant à la provocation de faux aveux qu'elle peut engendrer et ainsi, à des jugements de culpabilité s'écartant de la vérité factuelle.

En effet, selon les spécialistes, les violences pouvant causer le syndrome du bébé secoué exigent une certaine intensité. À ce titre, sortir un bébé trop rapidement du bain ne peut pas provoquer ces conséquences. Pourtant, l'influence de cette recommandation est telle que, dès le stade de l'enquête, les policiers orientent leurs questions et peuvent provoquer de faux aveux de la part des mis en cause.

³⁰ V. Berthet, D. Autissier, *op. cit.* Mesurer les biais cognitifs avec le cognitive bias inventory (CBI), chap. 6, 2021, p. 92 à 106.

³¹ A. Garapon, *Esprit de Justice*, "Faut-il croire aux aveux ?", podcast, 26 janv. 2022.

Cette orientation est également le fruit du manque de connaissances scientifiques et médicales des policiers. Au stade du procès pénal, les juges ne disposant pas non plus de la connaissance scientifique ni de celle d'enquêteur, sont impactés par l'orientation donnée à l'enquête et aux procès-verbaux. Ainsi, ils sont susceptibles de tirer des conclusions hâtives et ce, par leur absence de connaissances dans certaines matières. Ces conclusions peuvent prendre la forme d'une détermination de la culpabilité eu égard aux aveux des parents, qui vont être interprétés comme des violences ayant pu causer ce syndrome³². D'une manière générale, l'expertise trouve une place importante dans la détermination de la culpabilité par le juge, toutefois il conviendra de la développer postérieurement.

Ainsi, il convient d'en déduire que les biais cognitifs peuvent influencer la recherche de la vérité sur les faits allégués par les parties au regard - entre autres - de l'expérience professionnelle des juges qui peuvent les entraîner à tirer des conclusions hâtives en référence aux affaires similaires auxquelles ils ont été confrontés, ou encore du fait de la surévaluation de leurs connaissances dans des matières qu'il ne maîtrisent pas totalement. Cela est d'autant plus prégnant du fait des conditions de travail des juges qui ne sont pas optimales en termes de capacités cognitives.

Toutefois, la recherche de la vérité n'est pas la seule à être impactée par l'émergence de biais cognitifs. En effet, la formation de l'intime conviction n'en est pas exemptée (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 2 - L'intime conviction confrontée aux biais cognitifs

Il convient de constater que les biais cognitifs exercent une influence sur la construction de l'intime conviction des juges (**A**) mais également que leur nature engendre le renforcement de cette conviction (**B**).

³² *Ibid*

A - L'effet des biais cognitifs sur la construction de l'intime conviction

Quelques précisions liminaires méritent de replacer la notion d'intime conviction avant d'analyser l'impact des biais cognitifs sur sa construction. Le juge fonde sa décision sur les preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui, en décidant d'après son intime conviction³³. Le système probatoire en matière pénale repose sur la liberté de la preuve avec la condition qu'elle soit établie de façon licite. Il n'existe pas de hiérarchie entre les modes de preuve, sauf exception - telle que les contraventions. Par conséquent, le juge est libre dans son appréciation accordée à la valeur des modes de preuve qui lui sont soumis. Cette liberté s'exprime par l'absence d'obligation du juge de se justifier sur la valeur probante qu'il accorde aux preuves qui lui sont soumises.

Toutefois, le juge doit respecter l'obligation de motivation à laquelle il est soumis. Celle-ci ne consiste pas à livrer son intime conviction mais à justifier avec cohérence la décision prise, sous peine de se voir opposer le manque de base légale au visa de l'article 593 du Code de procédure pénale. Cette affirmation, énoncée simplement, renferme toutefois des difficultés qui se comprennent quant à l'ambivalence qui peut être induite de l'obligation de motiver une décision tout en ne révélant pas son intime conviction. En effet, une potentielle similarité peut être relevée. D'une part, l'intime conviction suppose de se forger une croyance en accordant plus de crédit à certaines démonstrations, témoignages, et preuves. D'autre part, l'obligation de motivation suppose d'énoncer dans la décision les éléments qui ont emporté la conviction du juge. Partant, cette obligation de motiver semble s'entremêler avec l'absence de livrer sa conviction.

En outre, cette ambivalence semble s'effacer au profit d'une vision plus pratique de l'intime conviction. Cette dernière peut être définie comme « *l'opinion profonde que le juge se forge en son âme et conscience et qui constitue, dans un système de preuves judiciaires, le critère et le fondement du pouvoir d'appréciation souveraine reconnu au juge du fond*³⁴ ».

³³ C. pr. pén. Art. 427

³⁴ P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, 4^e éd., Armand Colin, 2002, n° 59.

À ce titre, la différenciation entre l'intime conviction et l'obligation de motivation peut se fonder sur le moment de formation de ces dernières. En ce sens, l'intime conviction constituerait le processus interne reposant sur le for intérieur guidant la conviction du juge lors du procès pénal, alors que la motivation serait uniquement la résultante de ce processus, autrement dit elle se limiterait à expliquer le sens de la décision en aval, sans circonstancier le procédé intérieur en amont qui a conduit à ce jugement. Dans la même lignée, l'objectif de l'intime conviction s'avère différent puisqu'il a pour but d'orienter le juge dans sa décision, alors que la motivation vise notamment à faire comprendre aux parties la décision, une fois que celle-ci a été prise.

Par conséquent, de prime abord, l'intime conviction et l'obligation de motivation peuvent sembler être des injonctions en sens contraire. Toutefois, une analyse plus poussée permet de mettre en exergue les différences de ces deux notions au regard du moment de leur intervention, de leur processus ainsi que de leur but. L'objectif de la motivation permet de comprendre et de légitimer son obligation, qui a été consacrée par les lois des 16 et 24 août 1790 et qui énoncent que « *les motifs qui auront déterminé le juge* » sont exigés dans le jugement. Seule la Cour d'assises dérogeait à cette obligation dont la justification reposait sur la souveraineté du jury populaire. Toutefois, une réforme a été opérée par la loi du 10 août 2011 relative à la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale³⁵. Une feuille de motivation a été introduite à l'article 365-1 du Code de procédure pénale qui fixe l'obligation d'énoncer les principaux éléments ayant emporté la conviction de la Cour d'assises. La motivation de la peine a, quant à elle, été introduite par la loi du 23 mars 2019. Enfin, concernant les jurés, la loi ne les guide pas et ne leur demande pas non plus de justifier les éléments ayant emporté leur conviction mais de se laisser guider par la sincérité de leur conscience et leur appréciation des éléments de preuve à charge et à décharge. « *La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : Avez-vous une intime conviction ?* »³⁶.

³⁵ Loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale.

³⁶ C. pr. pén., art. 353.

Désormais, il convient d'analyser le lien qui unit les notions d'intime conviction et de biais cognitifs. Dans l'étape importante de la construction d'une conviction, le biais dit « implicite » trouve une place importante. Il est défini comme « *l'influence de préjugés inconscients sur le raisonnement de l'individu en fonction de l'intuition positive ou négative qu'ils engendrent* »³⁷. Celui-ci implique la reconnaissance dangereuse de l'influence des préjugés inconscients. Ainsi, le raisonnement est guidé par de multiples éléments : les caractéristiques physiques, une façon de se présenter ou encore de communiquer.

Nonobstant, un raisonnement élaboré et aidé par la collégialité peut évincer le biais implicite. Tel a été le cas lors du procès de Théodore Robert Bundy en 1979. Un tueur en série sanguinaire qui a commis des actes atroces, mais qui dispose de réelles capacités intellectuelles et convaincantes qu'il a démontrées lors des procès dans lesquels il était accusé de meurtres. Ancien étudiant en droit, il a pris une part active dans sa défense, mené son procès avec intelligence de telle sorte que les journalistes l'ont décrit avec beaucoup de qualités, et que de nombreuses jeunes femmes sont venues le soutenir. Lorsque le verdict de culpabilité a été énoncé, le juge Dade Edward Cowart, a prononcé les mots suivants « *C'est une tragédie pour ce tribunal d'assister à un tel gâchis total, je pense, d'humanité, le plus gros dont j'ai fait l'expérience dans ce tribunal. Vous êtes un jeune homme intelligent. Vous auriez fait un bon avocat. J'aurais beaucoup aimé vous voir exercer devant moi. [...] Je n'ai aucune animosité envers vous. Je tenais à ce que vous le sachiez* ». Cette illustration permet de montrer que le biais implicite ne triomphe pas toujours. Malgré l'apparence physique, l'intelligence, la qualité d'analyse, l'insertion dans la société, la vocation professionnelle ou encore la capacité à semer le doute ; ni la détermination de la culpabilité ni la fixation du *quantum* de la peine n'ont été impactées par le biais implicite des jurés et du président de l'audience.

Cependant, il semble difficile et pernicieux d'évoquer une décision dans laquelle il y aurait eu l'influence du biais implicite. Sa définition même est telle qu'il est difficilement détectable. Toutefois, l'immersion au sein des tribunaux permet de se rendre compte de l'influence que l'impression donnée par individu peut avoir sur sa culpabilité et sa peine.

³⁷ M. Adjaout-Ponsard, *op. cit.* p. 485 à 501.

L'une des problématiques des biais cognitifs est leur renforcement mutuel. En effet, le développement de l'un d'entre eux est souvent accentué ou affirmé par le développement d'autres biais (**B**). Par conséquent, l'intime conviction qui serait influencée par - notamment - le biais implicite, pourrait se voir consolidée par le biais de confirmation.

B- L'effet des biais cognitifs sur le renforcement de la conviction du juge

La robustesse de certains biais s'explique par la formation de nouveaux biais, directement liés aux premiers, qui vont venir les renforcer en confirmant le sens du raisonnement. Ils vont venir encourager la persistance de la décision en empêchant les individus de passer outre une intuition biaisée. Par conséquent, dans le cadre du procès pénal, ces biais peuvent accélérer le processus de formation de l'intime conviction en la cristallisant.

Parmi eux, le biais de confirmation est le plus répandu. Il s'agit du processus qui vient favoriser l'importance des arguments allant dans le sens de l'intuition existante³⁸. Autrement dit, notre cerveau aura tendance à sélectionner les informations qui confirment nos croyances, et à évincer celles qui vont à l'encontre³⁹. Ce biais peut être la cause d'erreurs de jugement et son importance est d'autant plus prégnante au regard de l'influence qu'il peut avoir sur les juges. Ce biais trouve son explication dans le besoin de cohérence et de sélection de la pluralité d'informations qui parviennent à l'esprit. La robustesse qu'elle cause s'explique par sa nature intrinsèque, de sorte qu'un jugement erroné, qui peut être dû à des préjugés inconscients, sera renforcé par les éléments sélectionnés par notre cerveau afin de renforcer notre idée et de nous en convaincre. Il ne convient pas d'interpréter ce biais comme nécessairement nocif, car ce raccourci cognitif participe à la perception de la cohérence des informations qui sont soumises aux individus et permet d'opérer une sélection. De la même manière, il forge des idées et accumule les arguments permettant de les défendre.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Université Paris Saclay, "*Biais de confirmation: nous croyons ce que nous voulons croire*", 2017.

Confronté au procès pénal, le biais de confirmation va à l'encontre de l'idée selon laquelle l'intime conviction est construite par une analyse similaire de tous les éléments de preuve soumis lors du processus contradictoire. En effet, ce biais suppose que les arguments qui vont à l'encontre de l'intuition première que les jurés ou les juges professionnels ont forgé, soient inconsciemment évincés du processus de réflexion. Un tel raisonnement s'avère dangereux.

Un domaine en particulier est favorisé par l'émergence du biais de confirmation, il s'agit de celui de la rétractation des aveux. En effet, il est périlleux de vouloir se détacher de ses aveux car ils apparaissent comme particulièrement crédibles. Leur crédibilité prend de l'ampleur proportionnellement à la gravité des faits allégués, car les individus auront tendance à vouloir trouver un coupable et à être aveuglés par la violence des actes⁴⁰.

L'illustration de ce biais de confirmation est possible à cause des erreurs judiciaires qui sont aujourd'hui recensées. Deux d'entre elles méritent d'être soulevées. La première concerne Trisha Meili, victime d'agression et de viol à Central Park en 1989 alors qu'elle faisait son jogging. Cinq individus vont être arrêtés quelques heures après l'agression et ces derniers vont avouer avoir commis ce crime. Ces aveux seront la clef de voûte permettant de conclure à la culpabilité des individus, alors même que des éléments permettaient d'aller à l'encontre de la crédibilité de ces aveux. À ce titre, certaines descriptions de la victime ne correspondaient pas. Au surplus, les traces ADN qui sont retrouvées sur le corps de la victime ne permettent pas d'être rapprochées de celles des accusés. L'un d'entre eux, Corey WISE, s'est exprimé devant la Cour en leur criant qu'ils ont tout fabriqué. Ce n'est qu'en 2002 que le véritable auteur des faits avouera son crime et que ses empreintes génétiques correspondront à celles retrouvées.

La seconde affaire concerne celle de Patrick Dils. En 1986, les corps de deux enfants sans vie sont retrouvés, tués par les coups de pierre portés à l'endroit de la tête. Lors de la garde à vue de Patrick Dils, ce dernier procède à des aveux. De la même manière que l'affaire de Trisha Meili, les aveux ne correspondent pas totalement aux éléments retrouvés, mais ces derniers emporteront la détermination de sa culpabilité par les juges. Finalement, son innocence sera prouvée en 2002.

⁴⁰ A. Garapon, *Esprit de Justice*, "Faut-il croire aux aveux?", 26 janv. 2022, podcast, *op. cit.* C. Ressent.

L'analyse de ces illustrations permet de démontrer l'importance des conséquences du biais de confirmation, qui évince les éléments allant à l'encontre des croyances initiales. Les aveux avaient implicitement engendré la détermination de la culpabilité des accusés dans l'esprit des juges et jurés, de sorte que la démonstration des éléments allant à l'encontre de ces aveux n'avait pas été suffisamment considérée.

Nonobstant l'impact conséquent du biais de confirmation, il serait difficile de dire que d'autres individus auraient pu arriver à une conclusion différente. Affirmer l'inverse impliquerait de tomber dans le schéma du biais rétrospectif évoqué précédemment. En effet, malgré la pleine conscience des fonctions cognitives, la force probante des aveux est telle qu'elle semble presque irrésistible. À plus forte raison, ces crimes ont eu lieu dans les années 1990 ; or à cette époque, les erreurs judiciaires identifiées étaient peu nombreuses et l'impact des aveux était encore plus important. Par conséquent, il est difficile d'affirmer que, individuellement, nous n'aurions pas pu commettre la même erreur au même moment. Le recul que nous pouvons avoir aujourd'hui n'était pas perceptible lors du raisonnement des jurés. Par conséquent, malgré l'ampleur de ces erreurs judiciaires, elles ne paraissent ni inévitables ni irrationnelles.

Désormais, il convient de s'interroger sur l'influence des biais cognitifs des juges au stade non plus de la détermination de la culpabilité, mais de celui de la fixation de la peine (**Section 2**).

Section 2 - L'influence des biais cognitifs sur la détermination de la peine

Lors de la détermination de la peine, les biais cognitifs peuvent venir expliquer le constat de la disparité des peines (*Paragraphe 1*). De la même manière, la place des neurosciences mérite d'être étudiée sous le prisme des biais cognitifs, au regard de leur influence potentielle sur la détermination de la peine (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1 - Le constat de la disparité des peines

L'étude des biais cognitifs permet d'expliquer la disparité des peines par l'influence des facteurs cognitifs grâce à l'étude du sentencing (**B**), sans se cantonner uniquement à l'élucidation par le principe d'individualisation (**A**).

A- La disparité des peines expliquée par le principe d'individualisation des peines

En premier lieu, l'explication de la disparité des peines se trouve dans le principe d'individualisation des peines. La consécration juridique de ce principe s'est faite par l'entrée en vigueur du Code pénal le 1er mars 1994⁴¹ suivie de la consécration de sa valeur constitutionnelle par la décision du Conseil Constitutionnel rendue le 22 juillet 2005⁴². Plus récemment, la loi du 23 mars 2019 est venue renforcer cette individualisation⁴³. Partant, il convient de se demander en quoi consiste l'individualisation des peines. Celle-ci oblige à prendre en compte de nombreux éléments concernant la stabilité de l'individu, tels que la stabilité financière, judiciaire, et sociale.

À ce titre, les juges questionnent la personne prévenue notamment sur son positionnement professionnel. En effet, l'influence de cette stabilité peut permettre aux juges de s'orienter vers une peine alternative à l'emprisonnement ferme afin de ne pas empiéter sur la réinsertion de l'individu dans la société. Cependant, l'exercice d'une profession ne veut pas dire qu'une stabilité professionnelle peut en être déduite. Avec certitude, la conclusion d'un contrat à durée indéterminée dans lequel le prévenu se voit confier des fonctions de direction, n'aura pas le même impact qu'un contrat de travail temporaire. Cela se comprend au regard des objectifs de la peine qui sont à la fois de sanctionner mais également de réinsérer l'individu. Toutefois, à l'aune de ce second but, prononcer une peine d'emprisonnement ferme à l'encontre d'un individu qui possède une stabilité professionnelle ne serait pas cohérent à l'égard de cet objectif. Pour autant, la gravité de la peine exige parfois que l'incarcération soit inévitable, mais il n'empêche qu'elle peut être modulable.

⁴¹ Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal.

⁴² Conseil constitutionnel, déc. n°2005-520 DC du 22 juillet 2005.

⁴³ Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Il n'en demeure pas moins qu'il sera toujours préférable que l'individu travaille, et ce d'autant plus en considération du biais implicite qui peut influencer les juges. Au surplus, l'absence de travail est souvent corrélée soit par la perception d'aides de l'État, soit par l'exercice d'une activité illégale afin de subvenir à ses besoins. Or, qu'il s'agisse de l'une ou l'autre de ces hypothèses, voire de l'accumulation des deux, la perception que les juges en auront ne sera pas positive.

De la même manière, le logement peut être déterminant dans la personnalisation de la peine. Le simple fait de disposer d'un moyen pour se loger ne suffit pas forcément puisque s'il s'agit d'une cohabitation avec la famille sur laquelle le prévenu a exercé des violences, les juges chercheront à savoir si le prévenu a un autre lieu à disposition afin de s'éloigner du logement familial. L'importance accordée au logement se trouve particulièrement dans la volonté de disposer d'une adresse fixe du prévenu.

Enfin, il ne suffit pas de prétendre avoir un logement à disposition ou un contrat de travail, il convient pour le prévenu de produire l'ensemble des justificatifs permettant d'attester de la véracité des propos. Bien que cette individualisation des peines concerne l'ensemble des prévenus, le fait pour les juges de s'assurer que ces derniers ont un logement ou un travail, sera encore plus important afin d'envisager un aménagement de peine.

Dans un second temps, l'individualisation se fera au regard du passif judiciaire. Cela permet d'expliquer pourquoi deux individus ayant une responsabilité similaire dans un acte de délinquance, n'auront pas forcément la même peine si l'un d'entre eux est un primo délinquant alors que la seconde personne dispose déjà de plusieurs mentions à son casier judiciaire.

Cette différence se comprend si l'on analyse la peine comme dissuadant de la réitération ou de la récidive. Il convient de mettre à l'écart l'hypothèse dans laquelle les critères de la récidive sont remplis, puisque la loi impose l'aggravation de la peine. En effet, même lorsque le régime de la récidive ne peut pas être appliqué, les juges auront tendance à rester dans une dynamique d'accroissement de la peine, proportionnellement à la gravité des faits incriminés.

Toutefois, cette ligne directrice n'est pas forcément adoptée comme en témoigne la peine à laquelle a été condamnée un prévenu ayant un lourd passif judiciaire, lors d'une audience au sein du Tribunal judiciaire d'Aix-en-Provence. En effet, après avoir passé de nombreuses années en prison, le prévenu a été condamné à une peine aménagée alors que les faits étaient de la même gravité. Au moment du prononcé de la peine, le président de l'audience a expliqué au prévenu que cette peine avait été choisie dans le but de créer une alternative à l'emprisonnement ferme qui, jusqu'alors, ne lui avait pas permis de s'éloigner du chemin de la délinquance.

Qu'il s'agisse d'une aggravation ou d'une peine considérée comme moins sévère, le durcissement reste toutefois ce qui est le plus appliqué par les juges en cas de constatation d'un casier judiciaire avec plusieurs mentions. La justification se situe dans la perception des risques de réitération. L'interprétation courante est celle de penser qu'un primo délinquant a moins de risque de récidiver qu'un multirécidiviste, alors qu'il n'en est rien. En effet, chaque multirécidive est déjà passé par le statut de primo délinquant ce qui ne l'a pas empêché de récidiver. *A contrario*, un multirécidiviste peut décider du jour au lendemain de s'écarter du chemin de la délinquance⁴⁴. Par conséquent, la prédiction sur l'arrêt ou la continuité des actes délinquants est impossible à établir. Ainsi, la justification de l'aggravation de la peine se trouve plutôt dans la nécessité de sanctionner plus sévèrement un individu qui a déjà été prévenu des risques encourus, que dans celui d'empêcher véritablement la réitération des actes.

Outre le facteur de l'individualisation des peines qui permet d'expliquer la disparité des *quanta*, il convient désormais de se pencher sur l'étude du *sentencing* (B).

B- La disparité des peines expliquée par l'étude du *sentencing*

Les travaux sur le *sentencing* étudient une réalité qui prend en compte - en plus des règles juridiques contraignantes qui guident la décision pénale et assurent la prévisibilité et la stabilité juridique⁴⁵ - les processus cognitifs, moraux et affectif des juges.

⁴⁴ M. Cusson, *Pourquoi punir ?* Dalloz, p.132

⁴⁵ J. Faget, *La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des asservissements et des émancipations*, 2008, vol. V.

Ces travaux se démarquent des théories du *rational choice* par l'intégration de la subjectivité des acteurs.

Le *sentencing* suppose que la décision pénale est la résultante de facteurs prévisibles et de facteurs d'imprévisibilité. Parmi ces derniers se trouvent notamment les variables sociales ou relatives à la personnalité du juge, auxquelles est associée l'étude du fonctionnement cognitif. Cette étude permet de démontrer que l'ensemble de ces facteurs s'influencent les uns les autres afin de construire une peine qui remplirait les conditions juridiques, tout en permettant au juge d'exercer son pouvoir d'appréciation souveraine⁴⁶. Le directeur de recherche au centre Emile-Durkheim, Jacques Faget, disait en ce sens que la peine se situe au cœur d'une « *dialectique institutionnelle qui voit s'affronter les exigences collectives d'un ordre à cultiver et les impératifs individuels, producteurs de désordre, d'une identité à affirmer* »⁴⁷. Autrement dit, il faut conjuguer un système pénal construit sur des principes juridiques destinés à assurer la prévisibilité et la stabilité des décisions, avec un juge empreint de son propre raisonnement et de sa construction personnelle, interprétant les lois selon son appréciation, et guidé par ses fonctions cognitives et subjectives.

Cette reprise des études du *sentencing* permet de relever l'influence des caractéristiques biographiques des magistrats que sont les antécédents professionnels, familiaux, l'âge, la charge de travail ou encore l'influence des interactions à l'audience quant à la détermination de la peine. Afin d'approfondir l'analyse du *sentencing*, il s'agira d'une part, d'illustrer l'impact que peut créer le prévenu, puis d'autre part, de fournir un exemple relatif à l'effet des caractéristiques du juge.

Concernant l'influence que peut avoir le prévenu, il convient d'étudier les interactions à l'audience. Sans prétendre à l'exhaustivité - puisqu'il convient d'étayer cette démonstration ultérieurement -, le juge construit son opinion sur le prévenu notamment au travers de sa soumission à l'autorité judiciaire. Cette soumission peut permettre de déduire son intégration sociale ou sa prise de conscience sur la gravité des faits.

⁴⁶ V. Schmit, *Sentencing. La détermination de la peine par le juge*, Mémoire, 2016.

⁴⁷ J. Faget, *op. cit.*

En effet, par le comportement de l'accusé, le juge va évaluer si son processus de délinquance est amplement forgé, ou s'il n'y est pas totalement ancré. Cette déduction influencera la peine au regard de la prévisibilité de la potentielle commission de nouveaux faits délinquants. Pourtant, comme nous l'avons évoqué précédemment, ces facteurs ne permettent pas d'indiquer le degré d'attachement du prévenu à la délinquance. Non seulement car ces facteurs peuvent être le reflet d'une stratégie, mais également car l'image classique du délinquant est à exclure. Cette image est celle de l'individu qui n'est pas inséré socialement, qui ne travaille pas et qui ne serait pas doté de grandes capacités intellectuelles de sorte qu'il ne s'exprimerait pas dans un langage soutenu ou à tout le moins, autre que familier. Le délinquant Théodore Bundy, évoqué précédemment, en est le parfait contre-exemple.

En outre, concernant l'influence des caractéristiques du juge, il convient de l'illustrer par les antécédents familiaux. À ce titre, les études sur le *sentencing* démontrent que la famille, les proches, l'éducation et le monde professionnel, permettent d'expliquer la sévérité, le laxisme ou la justesse de certains juges. Une étude réalisée en 1971 relève que les juges provenant d'une famille ouvrière seraient plus punitifs contrairement à ceux provenant d'une famille aisée, car ces derniers accorderaient plus d'importance à la réformation qu'à la justice et à la dissuasion⁴⁸. Toutefois, cette étude est à nuancer notamment au regard de la période à laquelle elle a été réalisée. Les normes sociétales ont beaucoup évolué, de sorte que la distinction des comportements des juges au regard d'une classe sociale, doit être dépassée ou - à tout le moins - être différente.

Par conséquent, le constat de la disparité des peines trouve une explication à travers le principe d'individualisation des peines ainsi que l'étude du *sentencing*. Désormais, il convient d'élargir notre champ d'étude afin d'étudier également l'impact que peut causer l'intégration des neurosciences dans le droit positif, en ce qui concerne les biais cognitifs des juges (*Paragraphe 2*).

⁴⁸ J. Hogarth, *Sentencing as a human process*, University of Toronto Press, 1971.

Paragraphe 2 - L'émergence de l'utilisation des neurosciences dans la décision judiciaire

L'accroissement de la science dans le procès pénal permet de se rendre compte de l'importance de l'argument scientifique dans la détermination de la culpabilité ainsi que de la peine, et ce, d'autant plus au regard de l'émergence des neurosciences (A). Pourtant, la science ne permet pas toujours de se rapprocher de manière certaine de la vérité au regard de l'interprétation biaisée que les juges peuvent en faire (B).

A- Un argument d'autorité dans le procès

Les travaux scientifiques sur les neurosciences et la prise en compte de ces derniers dans les décisions judiciaires font l'objet d'un accroissement récent, à tel point que l'on peut parler du développement d'un "neuro-droit".

L'application en justice des neurosciences peut se résumer à sept formes qui sont : celle de repérer des lésions cérébrales (détection), disposer d'éléments de preuve (argumentation), distinguer les individus sains de ceux malades (classification), remettre en question une hypothèse (contestation), créer et recommander certaines interventions (action), mieux comprendre certaines phénomènes (explication) et prédire les comportements futurs (prédiction)⁴⁹.

Pour autant, le recours à cette discipline dans le cadre du procès n'est pas nouveau. Dès les années 40, l'électroencéphalogramme a été utilisé, tout comme le scanner cérébral en 1981, afin d'en tirer comme conséquence l'aliénation mentale de l'auteur de la tentative d'assassinat du président Ronald Reagan⁵⁰. En effet, l'évaluation principale consiste à déterminer la responsabilité du prévenu et son niveau de dangerosité.

⁴⁹ O-D. Jones, Seven ways neuroscience aids law, *Neurosciences and the human person: new perspectives on human activities*, Vanderbilt University - Law School & Dept. of Biological Sciences 2013, p. 181 à 194.

⁵⁰ Neurosciences et pratiques judiciaires, Actes du colloque pluridisciplinaire du 18 et 19 mai 2021, juin 2021, *op. cit.* p. 5.

L'histoire nous apprend que les liens entre le droit pénal et l'étude du cerveau ne sont pas nouveaux, ils ont pu permettre l'émergence de théories controversées engendrant des discriminations et des conclusions erronées. À ce titre, il convient de rappeler la théorie de Cesare Lombroso sur l'étude phrénologique et physionomique des personnes, qui était basée sur la forme du crâne et l'apparence physique comme critère de criminalité. Par conséquent, les conclusions tirées de l'étude du cerveau par les neurosciences ne sont pas sans risques.

Les techniques développées par les neurosciences telles que l'imagerie cérébrale, l'électroencéphalographie, la spectroscopie ou encore la tomographie, ont permis de s'intéresser au lien qui rattache le processus de décisions avec le fonctionnement des systèmes de régulation du cerveau.

Toutefois, ces nouvelles technologies ont-elles réellement un pouvoir dans le procès pénal ? De prime abord, l'orthodoxie voudrait que l'impact des neurosciences ne soit que relatif et ne constitue pas un mode de preuve d'une plus grande importance que les autres dans l'esprit des juges. D'autant plus que cette discipline est en pleine construction, et que tous les pays n'acceptent pas d'y recourir dans le cadre d'expertises judiciaires. À ce titre, la France a récemment précisé au sein du Code civil⁵¹ que la technique de l'imagerie cérébrale fonctionnelle ne pouvait pas être utilisée dans le cadre d'expertises judiciaires.

Après l'étude de quelques applications et interprétations déduites de l'utilisation des neurosciences, le constat est tel que l'émergence de ces biais cognitifs n'a pas épargné certains juges. En effet, la surestimation de cette technique en plein essor a conduit la Cour de Côme⁵², en Italie, à considérer l'expertise relative aux neurosciences comme étant plus importante que les deux autres expertises en l'espèce. Le juge italien a prononcé les mots suivants pour soutenir la prévalence accordée aux neurosciences : *«[Cette] expertise était la plus complète... car elle offrait une étude complexe des faits, des images du cerveau ainsi qu'une analyse génétique moléculaire, ce qui réduit le risque de distorsion des résultats.*

⁵¹ C. civ., art. 16-14, modifié par la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021, art. 18.

⁵² P. Maciocchi, *Gip Como: le neuroscienze entrano e vincono in tribunale*, 20/05/2011.

L'imagerie cérébrale et les tests de génétique moléculaire permettent d'établir des diagnostics plus précis que ceux obtenus en utilisant uniquement les méthodes cliniques traditionnelles⁵³».

Le raisonnement construit par la Cour de Côme en Italie peut être analysé comme étant biaisé et critiquable. Les juges qui, malgré l'absence de connaissances dans la matière scientifique et encore moins dans les neurosciences qui sont en pleine émergence, accordent tout de même une confiance disproportionnée à cette discipline, semblent être empreints du biais de non-confirmation. Il s'agit de l'affirmation d'idées qui n'ont pas été confirmées. Dans cette matière, il est directement lié au biais de Dunning-Kruger évoqué précédemment, qui consiste en la surévaluation de notre confiance dans un domaine que nous ne connaissons pas bien. De la même manière, il est également possible de relier cette interprétation au biais de maîtrise du savoir, qui représente la tendance à penser que l'on sait plus de choses sur un sujet qu'en réalité. En l'espèce, le juge italien a accordé une confiance démesurée à cette expertise en jugeant les autres moins fiables, alors que les études sur les neurosciences sont faibles et ne font pas l'objet d'un consensus de la part des scientifiques.

Outre la critique relative à l'interprétation des neurosciences dans le procès pénal, la question relative à l'éthique de cette dernière mérite d'être relevée également. Toutefois, la France fait preuve d'orthodoxie par la prudence du Comité consultatif national d'éthique, qui a exprimé dès 2012 dans son avis du 23 février « *le risque d'accorder une vérité scientifique à l'imagerie cérébrale alors que celle-ci permet seulement de visualiser des marqueurs physiologiques de l'activité cérébrale*». Cette mise en garde s'est concrétisée par une interdiction inscrite dans la loi, de recourir à l'imagerie cérébrale fonctionnelle dans le cadre d'une expertise judiciaire.

En conclusion, les neurosciences sont un argument d'autorité dans les pays qui autorisent son utilisation. La France fait preuve de prudence envers son intégration en tant qu'élément probatoire et celle-ci se doit d'être saluée notamment à l'aune des biais cognitifs qui peuvent en émerger et aboutir à des erreurs judiciaires.

⁵³ G.M. Gkotsi, Les neurosciences au Tribunal : de la responsabilité à la dangerosité, Thèse, 2015.

Désormais, il convient d'analyser l'intégration des neurosciences dans le procès pénal, non plus au regard de la légitimité qui lui est procurée, mais sous l'angle de sa contribution à la vérité judiciaire (**B**).

B - Un argument contribuant à la vérité judiciaire, scientifique et/ou factuelle

Se pencher sur l'analyse des neurosciences en tant que vérité scientifique, suppose de rappeler en amont l'objectif recherché par le procès pénal. Affirmer que l'un des buts est la recherche de la vérité - comme nous l'avons fait précédemment - ne fait pas l'objet d'un consensus. En effet, certains auteurs comme Jeremy Bentham à la fin du XVIII^{ème} allaient dans ce sens, mais une période de scepticisme affirme que l'objectif recherché est plutôt celui de l'obtention de la chose jugée. Toutefois, le Professeur Michael Van de Kerchove se positionne vers un objectif pluriel dans lequel serait regroupé à la fois la recherche de la vérité, mais également l'autorité de la chose jugée ainsi que d'autres objectifs⁵⁴.

En partant du postulat que la recherche de la vérité est l'un des objectifs du procès pénal, il convient de préciser le type de vérité recherché. Il semble qu'une différence entre la vérité judiciaire, la vérité factuelle et la vérité scientifique doit être établie. Alors que la vérité judiciaire correspond à celle formalisée et constituée dans la décision - sous réserve d'être confirmée en cas de voies de recours -, il n'en demeure pas moins qu'elle peut aller à l'encontre de la vérité factuelle. En effet, une vérité judiciaire pendant des années peut s'avérer être remise en question suite à la découverte de nouveaux éléments, comme en témoignent les affaires de Patrick Dils ou de Trisha Meili. Par conséquent, la vérité judiciaire n'est pas synonyme de vérité factuelle, à moins de se situer dans une perspective utopique de la justice.

⁵⁴ M. Van de Kerchove, "La vérité judiciaire", *Sens-dessous*, 2014, n°14, p. 51 à 46.

D'un autre côté, la vérité scientifique mérite d'être également dissociée de la vérité judiciaire comme de la factuelle. Dans le cas des neurosciences, la vérité scientifique peut correspondre aux éléments constatés lors de l'imagerie cérébrale comme, par exemple, l'activation de certaines zones du cerveau dans une situation donnée. Cependant, l'interprétation que l'on en tire ne permet pas forcément de se rapprocher de la vérité factuelle. De la même manière, la vérité dite scientifique ne sera pas forcément celle de la vérité judiciaire puisque l'argument scientifique n'est pas le seul élément probatoire apporté au cours du débat contradictoire, de sorte que l'orientation de la conviction peut ne pas être en accord avec une expertise. D'autant que la véracité associée à la preuve scientifique se doit d'être relativisée. En ce sens, Karl Popper a substitué l'idée d'inafaillibilité à celle de falsifiabilité des propositions scientifiques⁵⁵. L'histoire nous montre également que les découvertes scientifiques évoluent. La théorie de Lombroso a fait croire pendant des années qu'il était possible de déterminer l'origine de la criminalité à travers certains facteurs. Pourtant, ce postulat a été abandonné grâce à l'évolution de la technologie et des études menées qui ont démontré l'absence de fiabilité de cette théorie.

Par conséquent, il serait erroné d'affirmer que la vérité scientifique permet toujours de se rapprocher de la vérité factuelle, et ce, car les évolutions scientifiques nous permettent de remettre en question des affirmations ou hypothèses qui nous paraissaient jusqu'alors, inébranlables. De plus, le caractère falsifiable des propositions scientifiques n'épargne pas le procès pénal. Rappelons enfin qu'émettre des interprétations hâtives ayant un fort impact sur l'issue du procès, alors même que les juges ne disposent pas de connaissances scientifiques, pourrait se trouver à l'origine d'un raisonnement biaisé.

En pratique, la vérité scientifique et la vérité judiciaire sont rarement dissociées, même si cette association est critiquable au regard des raisons évoquées précédemment. Toutefois, émettre une réserve sur l'interprétation des techniques d'imagerie ne doit pas être confondue avec l'émission d'une réserve sur l'interprétation de résultats ADN ou de tests de dépistage de stupéfiants.

⁵⁵ *Ibid.*

Dans le premier cas, les neurosciences sont en pleine construction de sorte que les hypothèses ne font pas l'objet d'un consensus sur l'interprétation à en tirer. De la même manière, certains pays autorisent qu'elles puissent faire l'objet d'une expertise intégrée aux éléments du débat contradictoire du procès pénal. A l'inverse, d'autres pays ne lui reconnaissent pas cette possibilité du fait de son manque de fiabilité et de son absence de certitude. De plus, l'enjeu qui se trouve derrière est de supposer pouvoir lire dans le cerveau des individus soumis à ces techniques, par la déduction de processus cognitifs.

Alors que dans le second cas, les tests ADN ou les tests de dépistage de stupéfiants sont utilisés de manière uniforme et ont prouvé leur fiabilité et leur intérêt depuis de nombreuses années. L'enjeu est celui de pouvoir constater soit la présence génétique, soit la présence de stupéfiants dans le corps.

Ces exemples permettent de montrer que l'interprétation des neurosciences en tant que vérité scientifique doit être différente dans sa prise en considération que celle, par exemple, de l'interprétation de tests de dépistage de stupéfiants. Cela s'explique par la notion même de vérité dans cette discipline. Peut-on parler de vérité scientifique alors qu'il n'existe pas encore de consensus sur l'interprétation à en tirer et que de nombreuses réserves - voire même interdictions - existent dans certains pays concernant son utilisation lors du procès pénal ?

Par conséquent, la place à accorder aux neurosciences dans la recherche de la vérité est à relativiser. Des conclusions hâtives dues aux biais évoqués précédemment, impliquent que la vérité scientifique des neurosciences se rapproche de la décision judiciaire puisque les juges vont lui accorder une place importante. Par conséquent, leur décision pourrait reposer principalement sur les interprétations induites de ces expertises. Ainsi, une interprétation raisonnable tirée de ces techniques est à préconiser afin de ne pas s'éloigner de la vérité factuelle.

Les autres acteurs du procès pénal peuvent être empreints de biais cognitifs ou favoriser ceux des juges, influençant alors la décision judiciaire (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 2 - LE PROCÈS PÉNAL SOUS L'ANGLE DES BIAIS COGNITIFS DES AUTRES ACTEURS ET PARTIES AU PROCÈS PÉNAL

Parmi ces acteurs, il convient d'étudier plus amplement l'expert qui exerce une influence importante au regard des arguments qui permettent d'orienter la décision judiciaire et la perception de la vérité. Toutefois, l'expert peut lui-même être influencé par des biais cognitifs, qui se répercutent dans l'expertise et dans l'interprétation que peuvent en tirer les juges (**Section 1**). Pareillement, les enquêteurs n'apportent pas uniquement des éléments probatoires neutres, de sorte que l'orientation implicite et inconsciente des procès-verbaux ou encore des témoins, peuvent venir influencer le procès pénal (**Section 2**).

Section 1 - L'impact des experts

L'influence des experts est particulièrement intéressante au regard de l'étude de l'expertise de dangerosité. Bien que cette dernière soit utile, sa fiabilité se doit d'être relativisée (*Paragraphe 1*), et ce à plus forte raison au regard de ses limites (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1 - L'appréciation de la fiabilité de l'expertise de dangerosité

L'expertise de dangerosité se construit par le biais de méthodes qui font l'objet de critiques quant à leur fiabilité (**B**). Pour autant, son apport à la fois social et juridique est affirmé et permet de comprendre la persistance de son utilisation (**A**).

A - L'utilité sociale et juridique de l'expertise de dangerosité

Tout d'abord, le droit pénal classique exigeait de déterminer le degré de responsabilité morale du prévenu afin de pouvoir établir sa culpabilité.

La doctrine positiviste à la fin du XIX^{ème} siècle a ajouté l'importance d'établir le degré de dangerosité du prévenu afin de mettre en place sa neutralisation ou sa réhabilitation⁵⁶. L'intérêt d'évaluer la dangerosité n'a cessé de croître de telle sorte que son recours s'est élargi sur tout le processus judiciaire, de l'enquête jusqu'à la phase d'exécution des peines. Celle-ci est directement liée à l'accroissement de la prise en compte de l'individualisation. Pourtant, la notion de dangerosité est peu évoquée dans le Code pénal⁵⁷ contrairement au Code de procédure pénale.

Quelle est la définition de l'état de dangerosité du délinquant ? Il convient de partir du postulat qu'il s'agit du risque qu'une personne poursuivie ou condamnée, commette une nouvelle infraction pénale⁵⁸. En réalité, établir une définition est l'une des difficultés propres à cette expertise et ce notamment, du fait de la confusion entre la dangerosité criminologique et psychiatrique. En effet, la dangerosité criminologique suppose d'évaluer le risque de récidive, alors que la dangerosité psychiatrique est limitée à la manifestation de symptômes pouvant établir une maladie mentale de l'individu. Elle inclut le risque que le sujet représente pour lui-même - par le suicide ou encore l'auto-mutilation.

Malgré la défaillance constatée de l'évaluation de la dangerosité pour des raisons qu'il conviendra de détailler prochainement, il n'en demeure pas moins que les considérations sociales et juridiques de la prise en compte de la dangerosité sont louables.

À l'aune des considérations sociétales tout d'abord, il convient de rappeler que le procès pénal repose sur la défense et la protection de la société contre la délinquance, directement en lien avec le principe de précaution. Par conséquent, sa protection reposerait notamment sur la possibilité de mettre hors d'état de nuire des individus qui pourraient commettre de nouveaux faits de délinquance. La cohérence est acquise entre l'objectif de protection et celui de s'assurer que des délinquants n'aient plus la possibilité de continuer leurs actes. En revanche, ce qui est plus douteux est l'effectivité de cet objectif ainsi que la fiabilité de l'évaluation de la dangerosité.

⁵⁶ J. Poupart, J. Dozois, M. Lalonde, "*L'expertise de la dangerosité*", *Criminels et psychiatrie*, Vol. 15, n°2, 1982, p. 7 à 25.

⁵⁷ C. pén. Art. 131-36-10 et 131-36-12-1.

⁵⁸ A. Coche, "*Faut-il supprimer les expertises de dangerosité?*", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011/1, n°1, p. 21 à 35.

Sans estimer de manière stricte que la justice ne permet pas de protéger la société, il convient d'admettre tout de même que cet objectif relève plutôt de l'utopie et cela en considération de l'impossibilité de prédire le comportement des individus⁵⁹. L'échec partiel de cette protection s'illustre par le nombre de mentions sur le casier judiciaire des délinquants.

Toutefois, ce propos est à nuancer quant à l'incommensurabilité de l'impact de la justice et de la loi. En effet, il s'avère acariâtre de comptabiliser le nombre de fois où des actes de délinquance ont été évités, au regard de la peur des conséquences judiciaires ou de l'effet dissuasif de la peine. De la même manière, par la nature de la détention, il est impossible d'évaluer si l'enfermement d'un individu a empêché qu'il réitère des actes de délinquance.

Outre l'objectif de protéger la société, l'expertise de dangerosité permet aussi de rassurer les individus. En effet, en l'absence de cette expertise, la détention provisoire ne pourrait plus être prononcée sur le fondement de la prévention contre le renouvellement de l'infraction. Or, il est rassurant pour une victime de savoir que son auteur peut se voir placer en détention sous le motif qu'il pourrait réitérer ses actes.

Désormais, à l'aune des considérations juridiques, il convient de rappeler que la peine oblige à prendre en compte la réinsertion de l'individu dans la société, autrement dit l'évaluation du risque de récidive. La suppression de la prise en compte des risques de réitération aurait pour conséquence de faire perdre ce sens à la peine, fixant principalement le *quantum* sur le critère de la gravité des faits et de la fonction de rétribution⁶⁰.

Il en résulte que l'utilité tirée de l'évaluation des risques de perpétrer de nouveaux actes de délinquance est avérée. Pour autant, il reste la question de savoir comment s'évalue cette dangerosité (**B**).

⁵⁹ A. Coche, *ibid.*, p.35.

⁶⁰ A. Coche, *ibid.*

B - Une évaluation scientifique ou intuitive

En France, les méthodes des experts afin d'établir l'expertise de dangerosité ne sont pas les mêmes que les anglo-saxons. En effet, alors que la France privilégie la méthode clinique, les anglo-saxons utilisent la méthode dite statistique ou actuarielle. La méthode clinique permet-elle de mieux satisfaire les exigences scientifiques de l'expertise de dangerosité que la méthode actuarielle ?

Avant toute chose, il convient de décrire le processus de chacune des méthodes avant de pouvoir soumettre un avis.

La méthode actuarielle repose sur l'efficacité prédictive des échelles. Des chercheurs ont construit différentes échelles afin de déterminer les niveaux de risque en comparaison avec un groupe de délinquants présentant des caractéristiques communes⁶¹. Ces échelles sont remplies par des facteurs dont certains sont statistiques, c'est-à-dire préexistants et immuables tels que l'âge et les antécédents judiciaires ; d'autres sont dynamiques, autrement dit ils varient selon les individus en fonction de leur situation professionnelle, financière ou encore familiale. Ces échelles permettent d'obtenir un chiffre qui sera interprété afin d'en déduire un risque plus ou moins élevé de potentielle réitération d'actes de délinquance.

La méthode clinique repose, quant à elle, sur la prise en compte d'éléments comme les informations personnelles, familiales, financières, sanitaires, et judiciaires de l'individu. La liberté d'appréciation est de vigueur dans cette méthode, guidée par l'intuition et renforcée par l'expérience.

Par conséquent, si nous devons émettre un jugement sur ces deux méthodes entre celle plutôt scientifique et celle plutôt intuitive, il convient d'en déduire que l'intuition relative à la méthode clinique est l'un des arguments majeurs des critiques formulées à son encontre.

⁶¹ E. Dubourg, "*Les instructions d'évaluation des risques de récidive, du jugement professionnel non structuré aux outils actuariels*", *Criminocorpus*, 2016.

À ce titre, le Professeur Patrick Morvan énonçait lors du colloque Experts et Expertises pénales qui s'est tenu à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-en-Provence le 5 mai 2022, que la dangerosité se présente comme un concept plus émotionnel et affectif que scientifique.

Si l'intuition peut sembler plus propice à recevoir des critiques, la méthode actuarielle ne fait pas l'objet d'un consensus pour autant⁶². Le Professeur Patrick Morvan se positionne en faveur de la méthode actuarielle et à l'encontre de la méthode statique qu'il qualifie comme manquante de fiabilité. *A contrario*, certains auteurs⁶³ considèrent que cette méthode est un échec.

Qu'il s'agisse de l'une ou l'autre de ces expertises, le constat émis pour chacune d'entre elles est l'émission de faux négatifs et de faux positifs. Les premières sont causées par le fait que l'expertise de dangerosité s'est positionnée en la faveur de l'absence de risques, alors que l'individu a finalement perpétré de nouveaux actes. La seconde concerne l'hypothèse inverse que l'on peut qualifier de moins visible puisque ces individus n'étaient pas en mesure, durant un certain temps, de pouvoir réitérer leurs actes. Par conséquent, il est impossible d'évaluer *a posteriori* si, libérées plus tôt, ces personnes se seraient livrées à de nouveaux actes délinquants.

L'expertise pénale effectuée avec la méthode clinique, autrement dit en donnant une place considérable à l'intuition des experts, augmente le risque que ces expertises soient biaisées **(II)**.

Paragraphe 2 - Les limites cognitives attachées à l'expertise

L'expertise de dangerosité, qui permet notamment d'évaluer le risque de récidive, n'est pas sans failles au regard à la fois de la complexité inhérente à la mission de prédiction donnée aux experts **(A)**, mais aussi des risques de formation de biais cognitifs dus à ces expertises **(B)**.

⁶² S. Raoult, "Récidive: trois ans après la conférence, pourquoi il n'y a toujours pas de consensus?", *AJ Pénal*, 2016, p.25 et 26.

⁶³ J-P Guay, "Prédiction actuarielle et prédiction clinique: le dernier souffle d'une pratique traditionnelle", *RICPTS*, 2006, n°2, p. 149 et s.

A - Une mission de prédiction de la dangerosité criminologique

La criminologie nous enseigne que la prédiction criminelle et l'évaluation de la dangerosité criminologique sont un art difficile et aléatoire. Qu'il s'agisse de la méthode actuarielle ou clinique, l'expertise de dangerosité a pour objectif de prédire si une personne risque de se livrer à la commission de nouvelles infractions. Or, les comportements des individus peuvent-ils réellement prétendre à la prédictivité ? Nombreux sont les prévenus qui, lors du procès pénal, évoquent qu'ils ne seraient jamais capables de faire les actes qui leurs sont reprochés, alors même qu'ils les ont commis.

D'un point de vue cognitif, il semble inconcevable pour chaque individu de pouvoir prédire ses agissements, ses réactions, ses émotions ; alors comment une expertise pourrait-elle prédire le comportement délinquant d'autrui ? Cette prédiction est d'autant plus remise en question à l'aune de certains concepts tels que l'étude du décrochage du sens moral. Cette notion fait référence au moment où une personne perd sa capacité de jugement critique sur les actes qu'elle réalise. Elle perpétue des actes atroces comme si elle était temporairement privée de sa capacité à contrôler son comportement, qu'elle n'aurait jamais cru pouvoir faire et qu'elle regrettera le reste de sa vie⁶⁴.

Ce faisant, le problème qui se pose se situe moins au niveau de la méthode adoptée, que de la lourde mission qui incombe aux experts : celle de prédire l'avenir. Au surplus, l'analyse fournie par l'expert peut être déterminante pour la suite judiciaire réservée à la personne prévenue, même si les juges ne sont pas tenus de suivre le sens donné par les expertises qui leur sont soumises⁶⁵. Outre la difficulté d'évaluer la prédictivité, quels sont les risques d'une telle appréciation ?

⁶⁴ P. Clervoy, *L'effet lucifer: du décrochage du sens moral à l'épidémie du mal*, 2013.

⁶⁵ C. pr. civ., art. 246 : "Le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien".

L'environnement dans lequel sont immergées les expertises de dangerosité n'est pas épargné par l'apparition de biais cognitifs, de telle manière que l'évocation du biais rétrospectif, du biais d'ancrage et de l'effet parapluie, doivent être inéluctablement évoqués afin de nourrir au mieux cette étude. L'intuition qui peut guider cette expertise est de nature à favoriser leur éclosion.

En effet, l'absence de clarté dans la ligne de conduite à suivre pour évaluer la dangerosité d'un individu, implique que les facteurs cognitifs ne puissent être limités ou stabilisés. En guise d'illustration, le principe du contradictoire permet de limiter l'impact du biais de confirmation puisqu'il oblige les juges à prendre connaissance des éléments probatoires et des arguments de défense de chacune des parties. Il ne s'agit que d'une limitation car le fait d'entendre chaque élément ne veut pas pour autant dire les traiter de manière semblable. À l'inverse, l'expertise de dangerosité reposant sur la méthode clinique, ne doit pas être réduite à l'émergence du biais implicite relatif aux préjugés inconscients déduits d'un certain comportement.

Un intérêt est à accorder au biais d'ancrage auquel est confronté l'expert. En guise de rappel, il suppose de ne pas réussir à se départir de l'information exposée initialement. Le contexte de l'expertise est important à situer afin de mieux adhérer à l'impact de cette distorsion implicite de raisonnement. Lors de la mise en examen de l'individu par le juge d'instruction, la situation est telle qu'elle ne favorise pas l'objectivité de l'expertise. En effet, l'expert sera guidé par les chefs de la mise en examen et cela explique qu'il tend à démontrer de manière presque irrésistible que cet individu est capable d'avoir commis ces faits. La répercussion de ce biais d'ancrage peut influencer le jury qui, partant de l'affirmation que l'individu est capable d'avoir commis les faits incriminés, peut en déduire hâtivement qu'il les a commis.

Enfin, le phénomène de l'aversion aux risques est particulièrement prégnant dans le cadre des expertises de dangerosité. Nous avons évoqué auparavant que les faux positifs, c'est-à-dire ceux dont l'expertise s'est orientée vers la dangerosité de l'individu alors que ce diagnostic s'est avéré erroné, étaient plus difficilement commensurables.

Nonobstant la difficulté à mesurer les faux positifs, l'aversion aux risques peut permettre d'établir une plus grande proportion de faux positifs que de faux négatifs. En effet, ce biais est toujours plus présente que la prise de risque, de sorte qu'en cas de doute, l'expert préférera prendre moins de risque en concluant que l'individu est dangereux, plutôt que de prendre le chemin hasardeux que représente la possibilité de voir l'individu réitérer et donc, de créer de futures victimes. De manière similaire, le juge sera plus enclin à se réfugier derrière la parole du sachant, que d'aller à l'encontre des préconisations de l'expert en prenant le risque de susciter de nouvelles victimes.

Les limites de l'expertise de dangerosité se comprennent également par l'étude des corrélations illusoire que peuvent concevoir les experts (B).

B- Des corrélations illusoire contribuant à la robustesse des idées préconçues

Les corrélations illusoire que peuvent faire les experts lors de leur diagnostic sur la dangerosité, ou celles qui peuvent être faites par les juges en se basant sur l'expertise, sont de nature à remettre en question la portée de cette évaluation et de son bien fondé.

Au stade de l'évaluation de la dangerosité, certaines corrélations faites avec le passé de l'individu peuvent être illusoire. Elles sont liées au biais dit implicite qui correspond aux préjugés inconscients, aux idées préconçues. En effet, les études sur la criminologie ne permettent pas de savoir si le contexte professionnel, social ou familial, peuvent être à l'origine de la délinquance ou ne sont que des facteurs associés⁶⁶. Il en résulte que l'association du passage à l'acte avec les fréquentations ou la perte d'un emploi, sont des corrélations illusoire. De la même manière, la bonne position sociale, familiale et financière, n'empêche pas la délinquance.

⁶⁶ A.Coche, *op.cit.*, p.33.

La représentation de l'individu sera également tronquée par la situation dans laquelle il va se trouver au moment de l'expertise. Évaluer la dangerosité d'un individu contre lequel il n'y a aucune charge, dans un bureau, avec une tenue vestimentaire distinguée et employant un langage soutenu, n'aboutira probablement pas au même résultat que l'évaluation dans le cadre d'une mise en examen, avec une personne qui ne s'exprime pas bien et contre laquelle sont émis des soupçons d'actes criminels. Pourtant, l'auteur peut se trouver dans la première position et l'innocent dans la seconde. En effet, le contexte dans lequel est présenté l'individu est important, mais la présentation l'est tout autant. L'expert n'est pas à l'abri d'une stratégie de la part du délinquant, de vouloir dissimuler certains traits de caractère ou certaines pensées, afin d'orienter l'évaluation en sa faveur.

Pareillement, le contexte dans lequel est présenté l'individu n'est pas celui dans lequel il pourrait se livrer à de nouveaux actes de délinquance. L'individu pourrait se convaincre lui-même et réussir à convaincre l'expert qu'il ne recommencera plus - dans l'hypothèse où les faits sont avoués par le prévenu et où ce dernier est le véritable auteur -, alors que sa rencontre avec une situation précriminelle⁶⁷ pourrait le pousser à l'acte de manière irrésistible.

Une autre corrélation illusoire tient à l'association entre les maladies mentales et les facteurs de délinquance. La peur engendrée par les déficiences mentales⁶⁸ est telle que l'image rapportée est celle de l'imprédictibilité et de la violence. Pour autant, certaines études ont prouvé qu'ils étaient rarement violents⁶⁹.

Enfin, la reconnaissance des faits influe également sur l'expertise de dangerosité. Un individu qui reconnaît l'ensemble des chefs d'incrimination et qui présente ses plus plates excuses, sera plutôt identifié comme crédible et moins dangereux. *A contrario*, celui qui nie les faits - dans l'hypothèse où de nombreux éléments probatoires permettent de s'orienter vers sa culpabilité -, sera représenté comme potentiellement plus dangereux et n'ayant pas pris conscience de la gravité de ses actes.

⁶⁷ A. Coche, *ibid.*

⁶⁸ A. Prins, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, 1910, rééd., Médecine et Hygiène, Suisse, 1986, p. 92 et s.

⁶⁹ G. Amphoux, "Les malades mentaux... des victimes ?", *Criminologie et psychiatrie*, p. 41.

Cette corrélation qui semble plus crédule que les autres, est illusoire puisqu'aucune étude n'a permis de déterminer de lien. Il en résulte que l'individu reconnaissant ses actes et présentant ses excuses n'est pas moins dangereux que celui qui nie.

Au stade du procès pénal, la portée de cette évaluation tend bien souvent à convaincre les jurés que le prévenu a commis les infractions qui lui sont reprochées. L'explication tient à la méthode que certains experts appliquent dans leur rapport d'expertise. L'analyse qui est souvent faite est celle qui permet de déterminer que la personne prévenue aurait pu être capable de commettre ces actes de délinquance⁷⁰. L'expert tentera de s'en convaincre et de le retranscrire à travers le récit d'un passé douloureux ou encore certains traits de personnalité. Toutefois, la réelle question qui se pose derrière l'analyse de la capacité d'un individu à réaliser certains actes est : peut-on prétendre que nous même nous n'en serions pas capable ? *A priori*, la réaction première est de rejeter cette idée. Nous nous estimons incapables de pouvoir commettre des actes aussi répréhensibles que représentent les crimes. Pourtant, les grandes expériences psychosociales abordées dans le cadre de l'introduction prouvent le contraire, tout comme la notion de décrochage du sens moral.

Par conséquent, la véritable erreur est fondée dans l'analyse même de la dangerosité qui est celle d'estimer si l'individu aurait été capable, alors que nous sommes tous plus ou moins capables, placés dans un certain contexte et empreints des mêmes émotions et des mêmes expériences. Aussi pernicieuse soit-elle, cette affirmation permet de faire la distinction entre la capacité et le passage à l'acte. Toutefois, l'analyse de l'expert peut apparaître comme un leurre dans l'esprit des jurés qui vont associer ces deux notions. Ce leurre correspond au biais rétrospectif.

Cette première section a permis de constater l'influence des biais cognitifs engendrés par les experts et par conséquent, sur l'expertise qui en est le reflet. De la même manière, il convient d'étudier l'enquête qui se situe en amont du procès pénal mais dont le rôle n'est pas à négliger au regard de son impact sur la décision judiciaire (**Section 2**).

⁷⁰ A. Coche, *ibid.*

Section 2 - L'impact des enquêteurs

Le témoin est un acteur qui se retrouve d'abord au stade de l'enquête (**Paragraphe 1**) puis - parfois - au stade du procès pénal (**Paragraphe 2**). Tantôt eux-mêmes marqués par les biais cognitifs, tantôt influencés par ceux des policiers, dans quelle mesure ces distorsions cognitives peuvent-elles influencer la décision judiciaire ?

Paragraphe 1 - L'orientation du témoignage au stade de l'enquête

A priori, il convient de constater que le témoignage n'est pas neutre dans l'absolu. En effet, qu'il s'agisse des conditions du recueil du témoignage (**A**) ou de la procédure d'identification de l'auteur (**B**), ces deux stades peuvent être orientés par les biais des enquêteurs comme du témoin.

A - Les conditions du recueil et d'orientation du témoignage

Élément phare du procès pénal - voire même élément déclencheur -, le témoignage permet de nourrir les éléments probatoires soumis aux juges lors du procès pénal. Toutefois, cette source permet-elle toujours de s'orienter vers la vérité factuelle ? Bien que le témoignage puisse s'affranchir des biais cognitifs inhérents à leur auteur, il n'en demeure pas moins que la plupart en sont orientés et ce, notamment du fait des conditions de recueil qui peuvent exercer une certaine influence sur le témoignage, dès le stade de l'enquête.

Avant d'étayer cette affirmation, il convient de rappeler préalablement quelques notions concernant le témoignage. Plus ou moins objectif selon le degré de connaissance avec la partie soutenue et les informations évoquées, le témoignage suppose de relater des éléments, soit sur les faits concernés soit sur la personnalité des parties. Le témoin ne fait pas toujours la démarche spontanée de venir indiquer ce qu'il sait, il est parfois recherché puis convoqué à venir se présenter pour livrer les informations qui pourraient être utiles dans le cadre de l'enquête. La place du témoignage varie selon l'importance des déclarations, selon le stade auquel il est rapporté, et selon la proximité avec le mis en cause.

En guise d'illustration, un individu extérieur qui voit se commettre sous ses yeux une scène de violences conjugales, n'aura pas le même intérêt que la mère du mis en cause qui soutient que son enfant est quelqu'un d'extraordinaire. Dans le premier cas, le témoin peut être la source de déclenchement de la procédure par la révélation des faits, alors que dans le second cas le caractère éminemment subjectif déduit de la proximité avec l'auteur des faits ne produira pas le même impact lors du procès pénal.

Ces propos liminaires étant faits, le recueil du témoignage se doit d'être approfondi. Avant toute chose, il convient de rappeler que la notion de vérité renferme une part de subjectivité. Elle est individuelle et propre à chaque individu même si elle peut avoir certaines similitudes objectives avec la perception de la vérité d'une autre personne. Là est le premier problème : si la perception de la vérité est changeante d'un individu à un autre, son récit et sa retranscription peuvent également varier d'un enquêteur à un autre.

Premièrement, l'une des erreurs qui pourraient être commises dans la retranscription du témoignage et son interprétation, serait de ne pas accorder assez d'importance au contexte dans lequel se trouve le témoin. L'environnement social, la structure des lieux ou encore les émotions, sont des facteurs à prendre en compte dans le recueil du témoignage puisqu'il sera influencé par ces facteurs. Mettre à l'écart ces éléments pourrait entraîner le biais cognitif appelé « l'erreur fondamentale d'attribution »⁷¹. Il s'agit de la tendance à ne prendre en compte que les facteurs exclusivement personnels d'un individu, en négligeant les facteurs situationnels qui sont tout aussi importants. Appliquée aux témoins, cette absence de prise en compte des facteurs situationnels serait dommageable quant aux erreurs de raisonnement qu'elle pourrait induire lors du procès pénal. En apparence inopérants, les éléments situationnels permettent de comprendre l'orientation du témoignage au regard de l'enquêteur qui l'a recueilli ou de la peur des représailles dont le témoin peut être saisi.

⁷¹ L. Ross, *The intuitive psychologist and his shortcomings: distortions in the attribution process*, *Advances in experimental social psychology*, vol. 10, 1977, p. 173 à 220.

À ce titre, le fait pour le témoin de relater les informations dont il dispose, en sachant qu'elles vont être utilisées et entendues par tous les acteurs qui seront présents au procès pénal et préalablement consultables au travers du dossier pénal sera, *a fortiori*, différent du récit que l'on va confier à une personne extérieure aux faits et au procès. En effet, la sélection volontaire d'informations à fournir ou garder pour soi et la tournure qui leur sera donnée dépend, entre autres, de la commodité et de l'aisance dans la communication. Ces dernières sont elles-mêmes influencées par le port de la tenue d'un enquêteur, d'un bureau sombre et vide ou de l'autorité induite du positionnement de l'enquêteur. Pareillement, la peur des représailles peut être un frein aux informations fournies par le témoin et cette prise en considération permet ainsi d'interpréter de manière plus convenable et cohérente le témoignage.

Deuxièmement - et principalement -, la façon dont est menée l'audition est fondamentale⁷². Il n'existe pas de protocole précis d'audition mais simplement des étapes d'usage. Par exemple, l'enquêteur peut interrompre le témoin s'il le souhaite. Pourtant, des études se sont penchées sur l'impact de l'interruption dans la restitution des informations fournies par la mémoire, qui causerait une perturbation de la concentration⁷³. En plus de cette perturbation, le sentiment de ne pas être justement écouté pourrait également altérer la qualité des informations fournies par le témoin⁷⁴.

De plus, la formulation et l'orientation des questions peuvent engendrer une perte d'informations précieuses, voire même une « acceptation d'informations suggérées »⁷⁵. En ce sens, la confiance accordée à la personne et la volonté de fournir un récit détaillé peuvent contribuer à expliquer cette acceptation. Cette acceptation est assimilable à celle qui pourrait expliquer la prononciation de faux aveux - comme nous l'avons évoqué précédemment au sujet de l'ampleur des fausses déclarations de culpabilité des parents concernant le syndrome du bébé secoué.

⁷² N. Przygodzki-Lionet, "Le témoignage en justice: les apports de la psychologie sociale et cognitive", *Histoire de la justice*, 2014/1, n°24, p. 115-126.

⁷³ J. Jou, R. Harris, "The effect of divided attention on speech production", *Bulletin of the psychonomic society*, n°30, 1992, p. 301-304.

⁷⁴ N. Przygodzki-Lionet, *op. cit.*

⁷⁵ A. Bertone, M. Melen, J. Py, A. Somat, *Témoins sous influences. Recherches de psychologie sociale et cognitive*, Presses universitaires de Grenoble, 1995.

Puisque nous venons d'aborder les biais qui peuvent s'appliquer de manière générale à l'ensemble des témoignages, il convient de réduire le champ d'analyse afin de se focaliser plus spécifiquement sur la procédure d'identification de l'auteur (**B**).

B - Les conditions de la procédure d'identification de l'auteur

Une fois le témoignage recueilli par les enquêteurs, le témoin peut se voir inviter à procéder à l'identification de l'auteur des faits si cela s'avère nécessaire⁷⁶. Pour cela, il est placé dans une salle lui permettant d'observer plusieurs individus dans le but de reconnaître celui qu'il identifie comme étant l'auteur des faits. Toutefois, cette opération n'est pas à l'abri des biais cognitifs inhérents au témoin ou favorisés par l'enquêteur.

Dans un premier temps, la situation dans laquelle se trouve le témoin pendant la procédure d'identification, peut venir influencer la certitude de désignation de l'auteur. L'impact de la situation se comprend au regard de la présentation des individus. En effet, le témoin peut repérer une différence notable entre les personnes qui lui sont présentées, du fait du comportement de ces derniers. En guise d'illustration, le mis en cause peut ne pas être à égale distance des autres individus, ces derniers peuvent avoir un comportement spécifique ou bien être les seuls à ne pas avoir de menottes. Ces différences notables vont susciter une orientation implicite dans le choix de désignation de l'auteur par le témoin. Cette distorsion du raisonnement trouve sa source dans l'effet de cadrage. Il s'agit de l'influence d'une décision par la façon dont l'information nous est présentée. En pareille matière, les comportements et les différences perceptibles de chacun des individus vont venir émettre une influence sur l'identité de la personne à désigner par le témoin.

La dangerosité du biais d'ancrage est telle qu'elle peut venir brouiller le raisonnement initial du témoin, de sorte que si ses souvenirs ne sont pas assez clairs et qu'il ressent une hésitation, le choix se portera probablement davantage sur l'individu qui semble le plus coupable au regard des informations dont il dispose au moment de l'identification.

⁷⁶ N. Przygodzki-Lionet, *op. cit.*, p. 43.

En revanche, ce biais aura une portée limitée si la clarté de la mémoire permet au témoin d'identifier rapidement et sans aucun doute, un individu en particulier - même si cette rapidité et cette assurance peuvent tout de même cacher une erreur involontaire de la restitution de la mémoire - car l'individu portera moins d'attention sur la présentation des informations que sur la certitude de ses souvenirs.

Dans un second temps, il s'agit d'étudier l'attitude de l'enquêteur qui peut venir influencer la désignation de l'auteur. Ces comportements sont involontaires et cela va de pair avec l'inconscience des biais cognitifs. Parmi eux se trouve « l'effet des attentes », autrement appelé « l'effet Pygmalion » - dans le cadre de son effet positif - , qui rejoint les grandes expériences psychosociales dont certaines ont déjà été abordées. Il correspond au fait que l'on « finit généralement par obtenir ce à quoi on s'attend »⁷⁷. Ajusté à l'étude du témoignage, il permet de se rendre compte que le comportement non verbal de l'enquêteur, comme le regard ou les expressions du visage, pourraient influencer le choix du témoin. Pour autant, il ne faut pas en déduire que l'effet des attentes aboutit obligatoirement à orienter le choix. Comme chacun des biais cognitifs, ils ne touchent pas l'ensemble des individus de manière semblable, de sorte qu'une personne vulnérable, influençable et avec une importante soumission à l'autorité, a plus de risques d'être orientée.

Puisque nous venons d'aborder les biais qui peuvent influencer le témoignage au stade de l'enquête, il convient désormais d'étudier ceux qui se manifestent au stade du procès pénal, toujours dans le cadre du témoignage (II).

Paragraphe 2 - L'impact du témoignage au stade du procès pénal

Au stade du procès pénal, l'impact du témoignage doit être analysé à l'aune de sa narration (B) ainsi que de son ordre de présentation (A).

⁷⁷ N. Przygodzki-Lionet, *op. cit.*, p. 43.

A - L'effet de la narration du témoignage

La narration du témoignage implique d'étudier la façon dont il va être évoqué au cours du procès pénal - et plus particulièrement devant la Cour d'assises -, à travers sa cohérence, sa structure, le ton employé ainsi que le moyen utilisé.

L'ensemble de ces éléments gagne en importance proportionnellement à l'impact du biais implicite correspondant aux préjugés implicites. À cet égard, certaines corrélations illusoirement méritent d'être relevées tant leur lien est puissant. Il s'agit notamment de l'association entre la manière de s'exprimer avec l'analyse de la véracité de ce qui est raconté. En effet, quel discours paraîtra le plus vrai si le contenu est le même mais que l'expression est claire et assurée d'un côté, tandis qu'elle est hésitante et brouillée de l'autre ? La réponse à cette question tend principalement vers la première forme de discours⁷⁸.

Pareillement, le contact avec les juges et jurés est un élément à ne pas négliger. Le biais implicite et par conséquent, la conviction, peut être orientée notamment par un regard fuyant. Un témoignage raconté en captant les regards de chacun des juges et en parlant correctement dans le micro, a plus de chance d'être retenu et jugé crédible, que celui qui se positionne dans une position plus éloignée de la barre et du micro et qui baisse la tête en fixant le sol. L'ensemble de ces éléments vont venir construire la perception du témoignage et la crédibilité donnée aux propos.

Toutefois, l'impact du témoignage est une nouvelle fois à relativiser, et ce au regard du biais de confirmation. En effet, en supposant que les juges et jurés soient sous l'influence du biais de confirmation et qu'ils aient déjà leur conviction forgée avant l'exposition des témoignages, l'impact de ces derniers sera faible. Cela s'explique par la définition même du biais de confirmation, qui veut que soient évincés les éléments allant à l'encontre de notre conviction, et que soient pris en considération uniquement ceux qui vont dans le sens de cette dernière.

⁷⁸ S. Sporer, S. Penrod, D. Read, B. Cutler, "Choosing, confidence and accuracy: A meta-analysis of the confidence-accuracy relation in eyewitness identification studies", *Psychological bulletin*, n°118, 1995, p. 315-327.

Outre la narration, l'ordre de présentation des témoignages exerce également une influence sur la conviction des juges et des jurés (**B**).

B - L'effet relatif à l'ordre de présentation des témoignages

Le biais d'ancrage consiste en l'impact de la première information donnée au cerveau qui a une plus grande influence dans la décision prise par un individu placé dans une situation complexe ou d'incertitude. Toutefois, ce biais s'applique-t-il également à l'ordre de présentation des témoignages ?

La réponse que l'on pourrait naturellement donner serait positive, en considération de la définition même du biais d'ancrage. Pourtant, celle-ci s'avère plus complexe qu'elle n'y paraît. En effet, une étude⁷⁹ a permis de démontrer que ce biais s'appliquerait principalement lorsque les témoignages - et plus généralement, les informations - sont à lire. *A contrario*, lorsque les témoignages se font directement en présentiel devant les juges et/ou les jurés, l'effet observé est celui de « récence ». Autrement dit, le moyen d'évoquer le témoignage et la présence du témoin auraient un impact qui diffère quant à l'importance qui en serait accordée. De la même manière, une étude plus récente⁸⁰ a permis de confirmer l'effet de récence en démontrant que plus un témoignage est entendu à la fin du procès pénal, plus son influence est conséquente sur la décision rendue.

Toutefois, l'emploi du subjonctif n'est pas à négliger car ces études ne font pas l'objet d'un consensus. À ce titre, des recherches sur l'influence de la parole donnée en dernier à la défense ont permis de démontrer qu'il ne s'agissait pas d'un avantage. La justification se base sur l'émergence du biais d'ancrage.

⁷⁹ C. Insko, "Primacy versus recency in persuasion as a function of the timing of arguments and measures", *Journal of abnormal and social psychology*, 1964, n° 381.

⁸⁰ A. Kuhn, R. Enescu, "L'ordre de présentation des témoins lors d'un procès pénal influence-t-il le choix du verdict?", *Criminoscope*, 2008, n°39.

La divergence de l'ensemble de ces études est dommageable au regard des conclusions que l'on peut en tirer puisqu'elles ne permettent pas d'observer une tendance générale. Par conséquent, elles empêchent une adaptation des outils juridiques tels que le processus organisationnel du procès pénal. Cet ajustement pourrait permettre de limiter les risques d'une potentielle éclosion de ces biais cognitifs.

Pour autant, à l'aune d'une interprétation littérale des biais cognitifs, la divergence des études semble intelligible - voire même, concevable. En effet, les biais cognitifs sont subjectifs, ils sont propres à chacun des individus de sorte qu'ils ne peuvent pas faire l'objet d'une généralité ou d'une tendance moyenne sous peine d'être erronée et constamment contredite. Seule une évaluation sur la totalité des juges et jurés pourrait permettre d'établir une tendance, mais celle-ci n'est ni réalisable, ni commensurable. La subjectivité empêche de prédire une quelconque interprétation cognitive future. D'autant que les biais cognitifs sont inconscients.

De surcroît, quand bien même une tendance se dessinait, celle-ci ne pourrait pas dépasser le simple cadre de la constatation, sous peine de faire l'objet de critiques. En effet, si l'on pouvait affirmer de façon certaine que le biais le plus propice à émerger est celui de l'ancrage, cela ne veut pas dire qu'il faudrait changer l'organisation juridictionnelle mise en place. Un changement supposerait de favoriser soit la partie civile, soit la défense. Or, le positionnement en faveur de l'un ou l'autre ferait, *a fortiori*, l'objet de critiques. Par conséquent, ne vaut-il pas mieux laisser le hasard lié à la subjectivité des biais cognitifs, décider lequel de ces deux biais aura le plus d'impact ?

La première partie de cette étude a permis de constater la prépondérance des biais cognitifs qui peuvent émerger à de nombreuses reprises lors du procès pénal, influençant par conséquent la décision judiciaire. Ces derniers se situent aussi bien au stade de la détermination de la culpabilité - notamment au regard du biais implicite -, qu'au stade de la détermination de la peine. Ils impactent ainsi la formation de l'intime conviction, mais également sa cristallisation et corrélativement, la recherche de la vérité. Leur robustesse est telle qu'ils paraissent presque irrésistibles.

De plus, la formation des biais cognitifs chez les juges est à la fois propre à leur raisonnement, mais elle est également influencée par l'orientation que prennent certains acteurs du procès pénal tels que l'expert ou l'enquêteur. Par conséquent, l'étude de ces biais ne peut pas être limitée à un type d'acteur puisque tout ce que contient le procès pénal est à même d'impacter le raisonnement des juges. L'illustration adéquate est celle de l'expertise. Alors même qu'elle est faite en amont du procès pénal, elle est elle-même influencée par les potentiels biais cognitifs des experts qui retentissent à leur tour sur l'argument apporté aux juges au cours de l'audience.

Désormais, la seconde partie va permettre de continuer l'analyse de l'influence des biais cognitifs sur la décision judiciaire par d'autres acteurs tels que le prévenu, l'avocat ou encore le ministère public. Par la suite, il conviendra de se pencher sur la cohérence de certaines notions juridiques au regard des biais cognitifs (**Seconde partie**).

SECONDE PARTIE

LES CONSÉQUENCES DES BIAIS COGNITIFS SUR LES DÉCISIONS

JUDICIAIRES ET LES PRINCIPES JURIDIQUES

Puisque les biais cognitifs influencent la conviction des juges, un usage de ces derniers par certains acteurs, de manière à orienter volontairement ou inconsciemment une décision judiciaire, ne doit pas être exclu (**Chapitre 1**). De plus, la conséquence des biais cognitifs sur le procès pénal a été abordée jusqu'à présent, mais celle-ci n'est pas la seule. Il conviendra d'étudier dans quelle mesure les biais cognitifs peuvent venir remettre en cause certains principes juridiques (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 - L'INFLUENCE EXERCÉE AU MOYEN DES BIAIS COGNITIFS DES JUGES

L'influence exercée au moyen des biais cognitifs des juges nécessite d'étudier l'impact de l'avocat et des parties (**Section 1**) puis celui du parquet (**Section 2**).

Section 1 - L'incidence de l'avocat et des parties sur les biais cognitifs des juges

Au préalable, il convient de se pencher sur l'impact que peuvent avoir les rôles de l'avocat et de l'expert sur la formation des biais cognitifs des juges (**Paragraphe 1**), avant d'étudier ceux de la partie civile et du prévenu (**Paragraphe 2**)

Paragraphe 1 - L'incarnation du rôle de l'avocat et de l'expert

De prime abord, le comportement de l'avocat (A) ou de celui de l'expert (B) peuvent paraître sans incidence, de sorte que seul l'apport des éléments probatoires sont déterminants. Pourtant, l'influence des biais cognitifs permet de reconsidérer l'importance inconsciente donnée aux comportements de ces derniers.

A - L'impact du comportement de l'avocat

Le cœur de la plaidoirie des avocats renferme une argumentation dont l'objectif imminent est de convaincre. Convaincre de la véracité des propos, de la force prégnante des preuves rapportées ou de l'inexactitude des propos adverses. Parfois, il s'agit plutôt de négocier un aménagement ou une réduction de peine ; voire de justifier un comportement ou encore une émotion. Tantôt du côté des parties civiles, tantôt du côté de la défense, l'objectif reste le même : séduire - mais surtout convaincre - les juges et/ou les jurés par la pertinence de ses propos. Quoi de mieux que de mobiliser les biais cognitifs des juges afin de guider leur conviction ? Telle pourrait être la stratégie d'un avocat.

Partant, le biais de notoriété, autrement appelé l'effet de halo, peut s'avérer être un atout majeur. Celui-ci est relatif à l'impression que l'on va donner. À ce titre, il peut être défini comme *“l'évaluation globale sur des attributs spécifiques. La cause probable du halo est l'incapacité ou le refus d'un évaluateur à discriminer parmi plusieurs attributs spécifiques”*⁸¹. Appliqué à l'avocat, l'effet de halo pourrait être un avantage avant même le début des plaidoiries, du fait de la bonne appréciation qu'ont les juges de ce dernier. C'est pourquoi un avocat qui a une stratégie de défense honnête, pertinente et cohérente, se fera connaître positivement auprès des juges. Ce biais est d'autant plus vrai que dans la pratique, le constat que l'on peut tirer à la suite de quelques semaines passées dans les tribunaux, est que les juges ont déjà un avis sur la plupart des avocats pénalistes. De la même manière que la première impression est déterminante, la crédibilité de l'avocat s'acquiert et se forge au fil des plaidoiries.

À ce propos, les avocats peuvent user de différents leviers pour convaincre de la pertinence de leurs propos : l'affect, la charge lourde du passif, l'absence de cohérence de l'argument adverse - entre autres -, peuvent être utilisés afin de renforcer une démonstration. L'heuristique d'affect, par exemple, peut consister à faire apparaître des émotions chez les juges, afin que ces derniers soient guidés par leurs émotions lors de la formation de leur conviction.

⁸¹ O. Ferrier, *Les techniques de négociation efficaces*, 2016, chap. 12, p. 207-242.

Toutefois, même si l’avocat peut user de stratégie afin de convaincre, il n’en demeure pas moins qu’il peut avoir lui-même des biais cognitifs. Tel pourrait être le cas lors de la procédure de récusation des jurés. En effet, malgré l’absence d’obligation de l’avocat de devoir justifier la récusation d’un juré, certaines récusations peuvent être implicitement comprises. Lors de deux affaires jugées à la Cour d’assises d’Aix-en-Provence au mois de mars 2022, un juré s’est fait récuser deux fois de suite. Haut placée dans la fonction publique, de sexe féminin, disposant d’un style vestimentaire élégant et d’un certain âge ; nul doute que ces caractéristiques ont été la cause des récusations opérées par deux avocats de la défense consécutivement. En effet, la distorsion cognitive dont ils ont fait l’objet, consiste en la corrélation illusoire entre des caractéristiques sociales et physiques, avec une potentielle sévérité au regard des faits jugés. Ce lien construit par le biais implicite ne se veut ni forcément négatif, ni forcément positif. Il se peut que ce biais ait empêché l’avocat de la défense d’avoir une personne en plus en la faveur de ses arguments, mais peut être également que ce biais l’a sauvé d’une personne qui n’aurait pas été convaincue par sa plaidoirie.

Désormais, il convient d’émettre une analyse similaire mais propre à l’expert. Abordé précédemment sous l’angle de son expertise, il convient désormais de l’étudier quant à la stratégie qu’il pourrait mener (**B**).

B - L’impact du comportement de l’expert

Les juges ne sont pas tenus de suivre le sens donné par les expertises qui lui sont soumises⁸². Toutefois, les experts sont-ils influencés par les juges ? À ce propos, Fajet évoque leur anticipation sur l’opinion du juge⁸³. De prime abord surprenante, cette affirmation n’en est pas moins éclairante. Quelques mois dans les tribunaux permettent de se rendre compte des orientations des juges.

⁸² C. pr. civ. Art 246.

⁸³ J. Fajet, “*La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des asservissements et des émancipations*”, *op. cit.*, vol. V, 2008.

Certains demeurent plus favorables et d'autres plus stricts dans l'appréciation des indices selon le type d'infractions, certains démontrent un plus grand intérêt à la lutte contre la récidive et à analyser les peines découlant du casier judiciaire du prévenu, tandis que d'autres seront plutôt dans une logique d'aggravation systématique. L'anticipation est possible dès lors que des tendances subjectives se dessinent.

Les experts sont des professionnels qui désirent assurer le renouvellement de leurs missions afin de pérenniser la viabilité de leur activité. Cette structure ressemble à une forme de clientélisme⁸⁴ qui pourrait pousser les experts à vouloir satisfaire les orientations des juges. En guise d'exemple, certains magistrats en matière criminelle s'orientent fréquemment vers des alternatives à l'emprisonnement. Cela pourrait pousser indirectement l'expert à préconiser des mesures d'injonction de soins. Le risque de vouloir satisfaire le juge peut entraîner des dérives remettant en cause les mesures qu'il préconise. En effet, le recours aux expertises est indispensable pour analyser certains aspects techniques, psychologiques ou encore psychiatriques que les juges ne sont pas en capacité de décrypter. De ce fait, une relation de dépendance du juge vis-à-vis de l'expert est indéniable, toutefois il ne s'agit pas d'une subordination en ce sens que le juge n'est pas lié à la conclusion de l'expert. Ces expertises ne traduisent pas une vérité absolue qu'il conviendrait de suivre aveuglément, mais elles permettent d'orienter et de nourrir les débats.

Afin de se démarquer de ses concurrents et de pouvoir être inscrits et choisis prioritairement sur les listes d'experts habilités dans les tribunaux, l'expert sera enclin à développer son éloquence et sa capacité à se faire comprendre tout en employant des termes techniques démontrant ses connaissances, mais également à être pédagogue afin de se faire comprendre. Celui-ci va chercher à prouver sa crédibilité et forger la conviction du juge⁸⁵. En effet, quelques semaines dans les tribunaux permettent d'asseoir les propos de Favet, selon lesquels est faite une anticipation de l'opinion des juges par les acteurs du procès pénal.

⁸⁴ J-P.Markus, K. Favro, M. Lobe-Lobas, *L'expert dans tous ses états*, Dalloz, 1^è éd.,Thèmes et commentaires, 2016, p. 136.

⁸⁵ *Ibid.*

Sans affirmer une prédictivité qui constituerait en un terme radical et s'éloignant de la pratique, une certaine ligne de conduite pourrait être anticipée par les acteurs. Le terme de prédiction va à l'encontre de l'individualisation des peines, de l'intérêt des démonstrations de chaque acteur, mais également contre l'idée selon laquelle l'intime conviction ne doit pas être entendue comme se forgeant en amont de l'audience. Il convient de lui préférer le terme d'orientation que l'on pourrait illustrer par la prononciation habituelle par un juge de favoriser les mesures d'aménagement de peine, telles que le placement sous surveillance électronique. Cette habitude, connue par l'expert, pourrait l'influencer dans les mesures qu'il préconise.

Ces éléments permettent de mettre en exergue le faible impact des expertises sur les juges. Garapon et King soutiennent l'idée d'un système de boucle fermée dans lequel la fonction de l'expert est principalement d'étayer la conviction du juge⁸⁶. Cette boucle fermée est formée par l'organisation judiciaire qui implique que le juge peut nommer l'expert. Dans cette configuration, le biais de notoriété trouve une place majeure puisque l'expert qui aura su parfaire ses démonstrations et démontrer ses compétences, sera plus enclin à être choisi.

Cependant, ce faible impact est à mettre en balance avec la configuration dans laquelle l'expert n'est pas désigné par la juridiction de jugement mais par exemple, par le juge d'instruction⁸⁷ ou encore les services ou organismes de police technique et scientifique de la police nationale ou de la gendarmerie⁸⁸. De surcroît, même si cette volonté pour l'expert de satisfaire peut exister, elle ne doit pas être comprise comme une généralité que l'on pourrait appliquer à chaque expertise.

À la suite de l'analyse de l'influence des biais cognitifs que peuvent utiliser ou dont sont empreints les avocats et des experts, il convient désormais de se pencher sur les rôles du prévenu et de la victime (II).

⁸⁶ M. King et A. Garapon, *Le juge, l'expert et le contrôle de la réalité dans les juridictions de la jeunesse en France et en Angleterre*, Droit et Société, 1988, n°10, p. 425.

⁸⁷ C. pr. civ. Art. 156.

⁸⁸ C. pr. civ. Art 157-2.

Paragraphe 2 - L'incarnation des rôles de la victime et du prévenu

Étudiés indirectement jusqu'à présent, à travers l'évocation de nombreux biais cognitifs qui s'y rapportent, il convient désormais de s'étendre spécifiquement sur l'impact de la première impression (A) et sur le choix du prévenu de reconnaître les faits ou de les contester (B).

A - La déterminante première impression

La première impression renvoie à la formation de nombreux biais cognitifs qui immergent le processus de construction de la conviction. Cette affirmation permet de se demander en quoi la première impression pourrait-elle influencer la détermination de la culpabilité ou la fixation de la peine. Selon les éléments probatoires soulevés lors du débat contradictoire, la détermination de la culpabilité pourra être plus moins impactée de sorte que l'influence de la première impression se jouera principalement lors de la fixation de la peine. *A contrario*, le manque d'éléments probatoires induisant un lien de causalité certain pourrait accroître l'impact de la première impression sur la caractérisation de la culpabilité.

Jusqu'alors, cette étude s'est prioritairement orientée vers une idée qu'il s'agissait ensuite d'illustrer. Cette fois-ci, il s'agit tout d'abord d'envisager un exemple afin de l'analyser par la suite. Partant, il convient d'évoquer une affaire d'homicide involontaire qui a été jugée en chambre correctionnelle au mois de mars 2022 au Tribunal judiciaire d'Aix-en-Provence. En l'espèce, le décès d'un jeune homme avait été causé directement et indirectement par deux automobilistes. L'un d'entre eux, absent le jour du procès pénal, avait doublé un autre automobiliste et s'était rabattu sur sa voie au dernier moment, déstabilisant le conducteur provenant d'en face. Celui-ci a perdu le contrôle de son véhicule et a percuté un autre conducteur qui est décédé de ses blessures. Lors du procès pénal, l'expertise de la vitesse du conducteur présent - et avec le lien de causalité directe dans l'accident - était estimée au-delà de la vitesse autorisée. Toutefois, l'empathie et la tristesse dont il faisait part a bouleversé les émotions de l'ensemble des personnes présentes lors de l'audience.

Le conducteur avec un lien de causalité indirecte, absent lors du procès, a été condamné à une peine beaucoup plus élevée, contrairement à celui présent qui n'a eu qu'une faible peine d'amende.

Sans partir du postulat que ce sont les émotions qui ont déterminé la faible peine du conducteur présent, il convient tout de même d'émettre l'hypothèse de l'influence de la première impression. Alors que l'un des conducteurs qui était impliqué indirectement dans la mort d'un jeune homme, n'avait pas pris la peine de venir se présenter au procès et encore moins de présenter ses excuses à la famille ; l'autre conducteur faisait preuve d'une profonde émotion quant à sa responsabilité et au traumatisme que la mort de cette victime lui avait généré. Par conséquent, il est possible d'en déduire que l'heuristique d'affect des juges a permis à cet auteur de bénéficier d'une peine plus légère. Inversement, l'autre conducteur qui a donné une image défavorable de lui, aurait probablement eu une peine moins sévère s'il s'était comporté différemment - en commençant par se présenter à l'audience. Par conséquent, l'émotion des parties peut retentir sur l'heuristique d'affect des juges, mais l'absence d'émotion également.

Pareillement, la crédibilité d'une partie, qu'il s'agisse de la victime ou du prévenu, peut avoir un impact majeur sur la détermination de la culpabilité. Cette crédibilité peut être atteinte à travers l'absence de cohérence et la discontinuité dans les propos tenus tout au long de la procédure judiciaire.

De la même manière, la tenue vestimentaire et la qualité de l'expression orale vont forger la crédibilité ou discréditer un discours ou une personne. À ce titre, la politesse, l'emploi d'un vocabulaire riche et diversifié et la réponse aux questions données sans divaguer ou répondre à côté, sont des éléments que vont prendre implicitement en compte les juges et/ou les jurés afin de se forger une opinion puis une conviction.

Dans la même lignée, l'analyse de la personnalité du prévenu ou de la victime pourrait engendrer des corrélations illusoire de la part des juges, de sorte qu'une personne présentée comme ayant une grande confiance en soi et dotée d'un fort caractère, ne sera pas perçue de la même manière que quelqu'un de vulnérable et naïf.

Mis bout à bout, l'ensemble de ces éléments - pourtant d'apparence anodine - vont constituer la première impression que les juges auront sur les parties. Sans prétendre à un impact considérable au stade de la détermination de la culpabilité, cette première impression peut tout de même jouer, proportionnellement à la force des éléments probatoires ; et ce, d'autant plus au stade de la fixation de la peine.

Il convient désormais d'étudier l'influence de la reconnaissance ou de la contestation de la responsabilité par le prévenu, sur l'impression donnée aux juges (**B**).

B - Les conséquences de la reconnaissance ou de la contestation de sa responsabilité

La notion de crédibilité, que nous venons d'aborder au travers de l'impact de la première impression, s'enrichit ou s'atténue eu égard, notamment, à la reconnaissance ou la contestation de la responsabilité du prévenu.

En effet, l'une des corrélations illusoire est celle de penser que la reconnaissance de la responsabilité de la part d'un prévenu, est le signe d'un commencement de responsabilisation rendant alors moins probable le renouvellement d'actes de délinquance. Pourtant, aucune démonstration ne permet de démontrer que ce lien est justifié. En réalité, l'absence de reconnaissance des faits peut être dû au manquement de preuve rendant probable la décision de l'absence de culpabilité du prévenu, qui choisira ainsi de ne pas avouer les faits. L'absence de reconnaissance peut s'expliquer également par le sentiment de honte, ou encore par l'impossibilité pour le cerveau de se remémorer avec exactitude le degré d'implication dans les faits. Les raisons sont nombreuses, à la tête de laquelle se trouve l'absence d'accomplissement des actes qui sont reprochés au prévenu, autrement dit son innocence. Quelle que soit la raison qui guide cette contestation, celle-ci est-elle toujours le choix le plus raisonnable ?

Avec certitude, la réponse n'est pas aussi simple et celle-ci dépend de nombreux facteurs comme les mentions déjà présentes au casier judiciaire ou encore les éléments probatoires soumis au débat contradictoire. Avant toute chose, il convient de préciser que pour l'exemple fictif qui va être évoqué, les individus ont bien commis les faits en question. En ce sens, un prévenu pour lequel des faits de vol lui sont reprochés, qui possède déjà un casier judiciaire portant mention de condamnations similaires et qui a été retrouvé grâce aux vidéos de surveillance, a tout intérêt à reconnaître les faits et présenter ses excuses au lieu de nier. Toutefois, pour quelle raison devrait-il avouer les faits ? D'abord, l'hypothèse dans laquelle la culpabilité serait écartée convient d'être mise à l'écart puisque celle-ci semble scellée eu égard à l'orientation des éléments probatoires. Par conséquent, il ne reste plus que la fixation de la peine. Or, puisque la corrélation illusoire existe entre la responsabilisation de l'individu et la diminution du risque de récidive, celui-ci représenterait moins de risque selon les juges, et par conséquent la peine pourrait se voir diminuée.

Une autre illustration - qui cette fois-ci n'est pas fictive - démontre que la contestation de certaines preuves peut s'avérer être défavorable pour le prévenu. À cet égard, le 8 mars 2022 au Tribunal judiciaire d'Aix-en-Provence, un prévenu était poursuivi du chef d'homicide involontaire. Dès le début de la procédure, il a indiqué ne pas avoir été sous l'emprise de stupéfiants lors de la commission des faits, ce qu'il a réitéré lors du procès pénal. Toutefois, des analyses ont permis de déceler la présence de stupéfiants dans son corps, confirmée par une contre-expertise. Le discours qu'il tenait était brouillon, de sorte qu'il a évoqué tout d'abord être un consommateur de CBD et se fournir auprès du tabac-presse à proximité de son lieu d'hébergement. À ce titre, il disait n'avoir consommé que cette substance. Pourtant, dans un second temps, il va émettre l'hypothèse qu'un ami aurait pu le tromper en lui faisant prendre de la drogue, mais qu'il ne s'en était pas rendu compte. Immédiatement évoquée, il réfutait d'office cette hypothèse en contestant le fait que son ami aurait pu lui faire ça.

Ainsi, le manque de crédibilité de ces propos ont traduit une absence de prise de responsabilité qui n'a pas joué en sa faveur lors de la détermination du *quantum* de la peine.

Par conséquent, les corrélations illusoire liées au biais implicite des juges peuvent directement impacter la décision judiciaire, de sorte que la place accordée à la stratégie des parties ne doit pas être considérée comme inopérante. Il convient désormais d'étudier l'influence que peut exercer le parquet sur les biais cognitifs des juges (**Section 2**).

Section 2 - L'impulsion des biais cognitifs des juges par le parquet

Après l'étude de l'influence exercée par de nombreux acteurs, il reste désormais à se pencher sur le ministère public (*Paragraphe 1*), avant de nuancer l'impact des biais cognitifs selon les juges (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1 - Le retentissement du réquisitoire du ministère public sur la formation de biais cognitifs chez les juges

Il convient de limiter notre étude aux principaux biais cognitifs qui peuvent être provoqués par les réquisitions du parquet, à savoir l'effet d'ancrage (**A**) ainsi que le biais de probabilité inversée (**B**).

A - Le pouvoir de la peine requise : l'effet d'ancrage

L'organisation de la parole lors du procès pénal est telle que la défense s'exprime en dernier lieu. Cela est principalement justifié par l'impact de la dernière parole en lien avec le dernier souvenir qu'auront les juges. Mais également par la cohérence de la défense et du procès pénal, qui exige que les éléments probatoires soient apportés par la partie civile afin que la défense puisse ensuite revenir sur chacun d'entre eux dans le but de les discréditer, de les réfuter ou, à tout le moins, de semer le doute.

Cette logique est tout à fait compréhensible au regard de la notion même de défense qui présuppose qu'elle ne soit pas en amont de l'accusation. Pareillement, l'heuristique de disponibilité suppose que les derniers éléments mis à la disposition du cerveau sont ceux qui serviront de socle quant à la prise de décision. Par conséquent, puisque la défense s'exprime en dernier, celle-ci constitue le souvenir le plus récent des juges et/ou des jurés.

Pourtant, cette cohérence peut être mise à mal par l'effet du biais d'ancrage. Ce dernier se définit comme "*la tendance à cheviller son jugement à la première information dont [l'individu] a pu disposer (l'ancre) lorsqu'il prend une décision dans un contexte d'incertitude*⁸⁹". À l'endroit du procès pénal, ce biais suppose que le juge est influencé par la valeur de référence qui va lui être transmise. À cet égard, la peine requise par le ministère public, lors de ses réquisitions, aurait un effet quant à la détermination de la peine au stade du délibéré. Les travaux des psychologues English et Mussweiler ont permis de vérifier cette hypothèse⁹⁰ en soumettant à la moitié des juges un dossier dans lequel les réquisitions étaient de deux mois d'emprisonnement, et à l'autre moitié le même dossier mais avec 34 mois d'emprisonnement. La moyenne des peines prononcées était de pratiquement 19 mois pour les réquisitions les plus basses, alors qu'elles étaient de presque 29 mois pour les juges qui étaient exposés aux réquisitions les plus hautes⁹¹.

Partant, il coexiste à la fois le biais d'ancrage qui aura tendance à impacter le *quantum* de la peine eu égard aux réquisitions du ministère public, puis le biais de disponibilité qui ira en la faveur de la peine plaidée par l'avocat de la défense. Cette confrontation est similaire à celle abordée précédemment, concernant l'impact de l'ordre de présentation des témoignages. En guise de rappel, alors que certaines études démontrent que le témoignage qui a le plus d'influence est le premier, d'autres soutiennent qu'il s'agirait au contraire, des derniers. En réalité, il s'agit d'une confrontation entre la prééminence du biais d'ancrage ou de l'effet de récence dont la même tendance est à observer ici. Par conséquent, la même explication se doit d'être donnée. Elle tient à la nature même des biais cognitifs qui empêchent leur prédiction au regard d'un individu.

⁸⁹ J. Goldszlagier, *op.cit.* p. 7.

⁹⁰ B. English, T. Mussweiler "*Sentencing under uncertainty: anchoring effects in the courtroom*", *Journal of applied social psychology*, 2001, 31.

⁹¹ J. Goldszlagier, *op.cit.*

Certains seront impactés par le biais d’ancrage, alors que d’autres le seront par le biais de disponibilité, tandis que certains ne le seront par aucun. Quoi qu’il en soit, l’émission d’hypothèses concernant la prévalence d’un biais sur l’autre est à exclure puisqu’il ne peut être prédit ni leur émergence, ni leur intensité.

Toutefois, s’il devait être émise l’hypothèse d’une réponse quant à la prééminence de l’un ou de l’autre de ces biais, il serait possible d’argumenter au profit du biais d’ancrage. En effet, à travers l’étude du *sentencing* abordée précédemment et qui permet de prendre en compte les nombreuses caractéristiques qui pourraient influencer la décision du juge, il est possible d’arguer que la parole du parquet aurait un impact plus fort que celle de l’avocat de la défense. À ce titre, la proximité sociale et professionnelle pourrait expliquer que la crédibilité du ministère public en tant que défenseur des intérêts de la société conjugée avec les liens entretenus avec les magistrats professionnels, puissent faire pencher la balance vers le biais d’ancrage.

À l’inverse, l’expérience des juges est de nature à aller à l’encontre de l’influence du biais d’ancrage. Lors d’un stage effectué au sein du Tribunal judiciaire d’Aix-en-Provence, il a été relevé par certains juges que les réquisitions étaient particulièrement sévères eu égard au *quantum* prononcé dans des affaires similaires. Cela est de nature à prouver que les juges n’étaient pas influencés par le biais d’ancrage et ce, grâce à la connaissance des *quanta* prononcés.

Pareillement, cet argument pourrait également être réfuté ou, *a contrario*, accru, par le biais de notoriété. À ce titre, un Procureur qui est réputé pour requérir des peines particulièrement élevées, basses, ou justes, n’aura pas le même impact sur les juges. Lors d’un stage effectué au sein de la Cour d’appel d’Aix-en-Provence, un Avocat général a énoncé que constituait une atteinte à sa réputation, le fait que la Cour prononce une peine supérieure aux réquisitions. À l’inverse, un autre Avocat général - qui avait passé des années en tant que président d’une Cour d’assises -, énonçait que la justesse est de rigueur, indifféremment du *quantum* prononcé par les juges *in fine*.

Les réquisitions peuvent également inclure une erreur sur le calcul des probabilités, orientant ainsi la conviction des juges vers la culpabilité du prévenu (**B**).

B - L'erreur du calcul des probabilités : le biais de probabilité inversée

L'erreur du calcul des probabilités, fréquente et utilisée pour nous dissuader de fumer ou nous encourager à jouer au loto, peut engendrer d'importantes erreurs judiciaires appliquées dans le cadre du procès pénal.

Il s'agit du calcul erroné de la probabilité qu'un événement arrive ou soit arrivé. Un exemple parlant - qui est fréquemment rencontré -, concerne le fameux slogan de la FDJ "100 % des gagnants ont tenté leur chance". La probabilité est inversée puisqu'il est obligatoire que les gagnants aient joué, sinon ils n'auraient pas pu gagner. La réelle probabilité n'est pas celle-ci, mais celle qui consisterait à savoir le nombre de chances qu'un individu a de gagner. La probabilité que l'on obtient est d'environ 1 chance sur 19 068 840⁹². Stratégie marketing ou véritable erreur inconsciente, l'erreur de la probabilité inversée consiste à prendre la probabilité de A sachant B, comme probabilité de B sachant A.

Toutefois, l'utilisation de la probabilité inversée dans le cadre du processus judiciaire - et plus particulièrement par le parquet -, peut conduire à des erreurs judiciaires quant à la probabilité que le prévenu soit l'auteur des faits qu'on lui reproche. À titre d'exemple, il peut s'agir de cumuler les probabilités des caractéristiques spécifiques connues de l'auteur, puis de trouver une personne qui corresponde à l'ensemble de ces éléments et d'en déduire que celle-ci a une très faible probabilité d'être innocente. Par un raisonnement comme celui-ci, le ministère public pourrait fixer dans la tête des juges et jurés une probabilité erronée concernant la possibilité que le prévenu soit l'auteur des faits.

Telle a été l'erreur judiciaire dont a été victime Sally Clark. Jeune avocate, Sally Clark a perdu ses deux enfants quelques temps après leur naissance⁹³. Une enquête a été ouverte afin de déterminer si ces deux décès étaient dus à des meurtres.

⁹² V. Berthet, D. Autissier, *op. cit.* Chap. 4, Biais dans l'estimation de probabilité, p. 65 à 77.

⁹³ M. Adjaout-Ponsard, *op. cit.*

Lors du procès, l'expert médical utilisa une probabilité inversée en évoquant que la fréquence qu'un tel malheur se produise deux fois de suite, serait d'un cas par siècle. Condamnée à perpétuité en 1999, elle fût innocentée en 2003.

L'erreur du calcul des probabilités peut être directement liée à l'heuristique de représentativité - abordé précédemment dans le cadre de cette étude - qui correspond au processus d'assimilation au regard des « schémas »⁹⁴ disponibles dans la mémoire d'un individu. Il offre un raccourci qui permet de faire rentrer un élément ou un acte dans une catégorie déjà connue, afin d'éviter de devoir rechercher les caractéristiques propres à cet élément. L'analyste financier, Mathias Adjaout-Ponsart, évoque un exemple parlant dans lequel si l'on devait évaluer laquelle des deux possibilités est la plus probable, en partant de l'énoncé selon lequel une brillante jeune fille "*était concernée par les questions de discrimination et de justice sociale, et participait à des manifestations antinucléaire*"⁹⁵ et avec les alternatives suivantes : soit guichetière dans une banque, soit guichetière et active dans le mouvement féministe ; une large majorité des personnes s'orienterait vers la seconde option. Pourtant, si la probabilité qu'elle soit guichetière est de 5%, et que celle qu'elle puisse être féministe est de 90%, le chiffre que l'on obtient - 5% x 90% - reste toujours inférieur à 5%, autrement dit à la première option.

Ainsi, la prudence est de mise quant aux probabilités que l'on peut entendre ou que l'on peut soi-même calculer et ce, d'autant plus dans le cadre d'un procès pénal où les enjeux sont d'une telle ampleur qu'une erreur pareille serait fortement préjudiciable. Ces distorsions cognitives peuvent nous faire émettre ou croire en des probabilités erronées. Appelée également « le sophisme du procureur », cela est d'autant plus problématique que le biais d'ancrage contribue à la robustesse du biais de la probabilité inversée. En effet, le parquet s'exprimant avant la défense, le biais d'ancrage pourrait, *de prime abord*, s'orienter à l'encontre du prévenu, avant d'être renforcé par l'utilisation du biais de probabilité inversée.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

Désormais, il convient de nuancer l'impact de l'ensemble des biais cognitifs étudiés jusqu'à présent en fonction de l'expérience des juges (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 2 - Une variabilité de l'impact selon le juge

Les jurés et les juges professionnels se différencient quant à leur expérience et à leurs connaissances juridiques qui peuvent venir, pour ces derniers, restreindre l'impact des biais cognitifs (**B**) contrairement aux jurés (**A**).

A - Un réel impact sur les jurés en matière criminelle

Ab initio, il a été posé une assertion relative à l'absence de prédictivité des biais cognitifs, de sorte que chaque individu ne sera pas impacté par les mêmes biais ni de la même manière. Dans la lignée de cette affirmation, il est possible de faire une distinction relative à l'expérience professionnelle. En ce sens, la magistrature et plus spécifiquement le juge, dispose de connaissances dans la matière juridique qui pourraient venir contrer - ou, à tout le moins atténuer - l'éclosion de biais cognitifs. Par conséquent, des personnes extérieures aux habitudes judiciaires et aux connaissances qui y sont relatives, pourraient faire plus facilement l'objet de ces distorsions cognitives.

À ce titre, il convient de rappeler que les jurés⁹⁶ sont des citoyens tirés au sort sur les listes électorales afin de siéger à la Cour d'assises. Ils participent avec les magistrats professionnels à l'élaboration de la décision par la détermination de la culpabilité et de la peine. En tant que citoyen et au regard du nombre de métiers existants, il y a fort à parier que la plupart n'ont pas de connaissances juridiques. L'absence de connaissances, notamment des *quanta*, peut favoriser le biais d'ancrage puisque l'unique valeur de référence sera la peine requise par le ministère public, juste avant celle plaidée par l'avocat de la défense. D'autant que la prestance du procureur, au travers notamment de sa place qui se trouve à la même hauteur que les juges, peut exercer une influence d'une plus grande ampleur que l'avocat de la défense.

⁹⁶ Service public, site officiel de l'administration française "Juré d'assises".

De la même manière, n'ayant pas l'habitude d'assister à des procès d'assises et de voir à l'œuvre l'ensemble des acteurs présents lors du procès pénal, les jurés peuvent être plus facilement impressionnés. À cette occasion, l'utilisation des neurosciences et la démonstration par un expert pourraient être de nature à accroître l'influence de l'expertise. D'autant que, lors de notre approfondissement sur les neurosciences, nous avons pu constater auparavant que les juges n'étaient pas neutres à l'égard de cette pratique, qu'ils pouvaient avoir tendance à surestimer et à faire prévaloir par rapport aux autres expertises. Toutefois, puisqu'en droit interne il n'est pas encore d'usage d'utiliser les neurosciences et que la législation interdit le recours à l'imagerie cérébrale fonctionnelle en tant qu'élément probatoire, cette hypothèse est à relativiser.

De surcroît, alors que les juges professionnels sont tenus à des principes juridiques qu'ils maîtrisent parfaitement et auxquels ils sont tenus professionnellement, les jurés ne mesurent pas forcément l'ampleur - entre autres - de l'importance de la présomption d'innocence, de l'intérêt de construire son intime conviction en prenant en compte l'ensemble des éléments probatoires ou de l'importance de la procédure. Par conséquent, les émotions et l'intuition peuvent prendre le dessus sans être autant contrecarrées que s'il s'agissait d'un juge professionnel. Une nouvelle fois, cette affirmation est à relativiser puisque les professionnels peuvent venir atténuer ce trop plein d'émotions, que pourraient ressentir les jurés, par leur expérience et le rappel des principes et normes juridiques.

Par conséquent, l'émergence des biais cognitifs lors du procès pénal semble moins propice en ce qui concerne les juges professionnels (**B**).

B - Un impact relatif sur les juges professionnels

En partant de l'idée selon laquelle chaque individu peut développer des biais cognitifs par des raisonnements intuitifs qui sont erronés, il convient de se demander dans quelle mesure les juges sont concernés.

Malgré cette affirmation pernicieuse, une étude rassurante a démontré que les juges professionnels se démarquaient par leur véritable résistance à l'émergence de biais cognitifs⁹⁷ du fait d'un système 2 plus largement développé que la moyenne.

De plus, les magistrats professionnels se doivent de respecter certains principes juridiques, auquel cas leur vie professionnelle en pâtirait et leurs décisions pourraient être remises en question. À ce titre, l'impartialité les oblige à ne pas poser de questions trop orientées, dans le sens où l'on ne doit pas s'apercevoir de l'orientation de leur conviction. Durant l'audience, les pensées ne doivent pas être exprimées ni implicitement comprises - notamment par les expressions faciales - afin de ne pas porter atteinte au débat contradictoire et à garantir la présomption d'innocence. Pareillement, lorsque les juges siègent en collégialité, les raisonnements fluctuent et peuvent venir se contredire, par conséquent l'argumentation en salle de délibéré peut venir faire la différence et favoriser le système de pensée le plus poussé afin de convaincre les autres juges de la pertinence d'une telle orientation. Alors qu'une audience en juge unique ne permet pas le débat entre les magistrats, et peut ainsi laisser fleurir des raisonnements hâtifs et erronés. Fort heureusement, les infractions les plus graves ne prennent jamais la forme d'une audience à juge unique. Réussir à convaincre les autres juges oblige à une réflexion plus riche qui, *de facto*, favorise la sollicitation du système de pensée le plus élaboré. De la même manière, la collégialité peut venir limiter l'impact du biais de confirmation puisque si un autre magistrat ne semble pas avoir la même conviction, celui-ci pourra mettre en balance des arguments contraires.

De surcroît, l'atténuation de la formation de certains biais s'explique par l'expérience professionnelle, à la fois par les *quanta* généralement appliqués selon les faits et la personnalité, mais également par la connaissance des autres acteurs du procès.

La connaissance des *quanta*, des différents leviers dont le juge dispose ou encore de l'analyse de la personnalité du délinquant, permettent d'éviter les décisions disproportionnées et favorisent une certaine conformité.

⁹⁷ M. Adjaout-Ponsard, *op. cit.*

De la même manière, déceler la personnalité et la stratégie d'un procureur ou d'un avocat de la défense permet de mieux appréhender la peine requise ou celle plaidée afin de déterminer l'orientation et l'appréciation à lui donner. En effet, par le repérage de la ligne conductrice du parquet ou de l'avocat, les juges savent *a priori* comment se positionner en fonction du degré de sévérité ou de laxisme généralement adopté.

De plus, les juges sont tenus par des considérations professionnelles puisqu'ils savent que leurs pairs pourraient en avoir connaissance et que leur évolution professionnelle et/ou leur réputation pourrait être impactée. D'autant que - en dehors de l'hypothèse d'une erreur professionnelle - une décision disproportionnée pourrait aboutir à l'appel d'une des parties et, par conséquent, à la remise en question de la décision si les juges du degré supérieure décident d'infirmes la décision.

CHAPITRE 2 - LE PRINCIPE D'IMPARTIALITÉ DU JUGE ET LES LIMITES AUX

BIAIS COGNITIFS

Le principe d'impartialité est le garant du procès pénal (**Section 1**) en ce qu'il suppose que chacune des parties soit traitée de manière égale et ce, sans idées préétablies. Toutefois, les biais cognitifs impliquent de se questionner quant à l'effectivité de ce principe et à sa cohérence avec la notion d'intime conviction (**Section 2**).

Section 1 - Un principe d'impartialité garant du procès pénal

Les biais cognitifs semblent être mis à mal par la définition même de l'impartialité (*Paragraphe 1*). Toutefois, elle est nécessaire en ce qu'elle permet de garantir une certaine stabilité juridique (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1 - L'éviction des biais cognitifs dans l'acception d'impartialité

La définition de l'impartialité ne prend pas en compte l'impact des biais cognitifs des juges puisqu'elle repose sur le traitement objectif et égalitaire de l'ensemble des

éléments de preuve (A) et cela se comprend à travers l'importance d'une représentation rationnelle du droit (B).

A - L'impartialité reposant sur un traitement égalitaire et objectif des éléments de preuve

Quelques propos liminaires sur la notion d'impartialité doivent être évoqués avant d'analyser la confrontation avec la pratique. Pour ce faire, il convient de rappeler sa définition. L'impartialité se traduit par "*l'aptitude d'un juge à traiter les parties de manière égalitaire, sans opinion préconçue, sans pré-jugement*"⁹⁸. À l'inverse, la partialité peut être d'origine subjective - lorsqu'elle concerne des relations personnelles que pourrait entretenir le juge avec une partie -, ou objective - lorsque le juge est déjà intervenu dans l'affaire -.

L'impartialité s'est imposée juridiquement qu'il s'agisse du cadre national, international ou européen ; à la fois dans l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de New-York, dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à l'article 47, ou encore dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales au visa de l'article 6. En droit interne, le Conseil constitutionnel par une décision du 9 avril 1964⁹⁹, a consacré la valeur constitutionnelle du droit à recourir à un juge, en estimant qu'il découlait de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. À ce titre, le Conseil constitutionnel est venu rappeler fréquemment que « *les principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables des fonctions juridictionnelles* ».

Concrètement, l'impartialité exige qu'un traitement égalitaire et objectif soit opéré pour chacun des éléments probatoires soumis au juge. Elle suppose, lorsque l'on dépasse le point de vue du droit positif¹⁰⁰ que le juge soit l'arbitre d'un différend et soit en capacité

⁹⁸ N. Fricero "Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité", Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, n°40, juin 2013.

⁹⁹ Cons. const., déc. n°96-373 DC, JO, 13 avril, p. 5724; AJDA, 1996, p. 371.

¹⁰⁰ J. Allard, "*L'impartialité au coeur de l'autorité du juge. Approches philosophiques*", *Les cahiers de la justice*, 2020/4, n°4, p. 661 à 672.

d'évincer ses préjugés, sa subjectivité, ses opinions, afin de ne fonder sa décision que sur des éléments objectifs et rationnels.

La tradition d'inspiration rationaliste s'inscrit dans la lignée de cette vision de l'impartialité¹⁰¹. L'une des critiques qui permet de comprendre ce besoin de rationalité dans la justice est celle formulée par Platon quant à l'influence exercée par des éléments qui ne devraient pas être pris en compte, tels que le langage utilisé par les professionnels du droit¹⁰². Selon lui, être un bon juge suppose de ne juger qu'avec l'esprit, de se débarrasser de toutes ses caractéristiques individuelles afin d'être totalement découvert, et de percevoir chacun des acteurs non pas à travers le prisme de leur qualité ou de leur appartenance sociale, mais uniquement par les éléments probatoires apportés. Quelle pensée plus conforme que celle de Montesquieu qui prononça la fameuse phrase : « Les juges de la Nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »¹⁰³.

Toutefois, les juges doivent-ils se rapprocher de l'être inanimé de sorte qu'aucune passion ne les orienterait afin de rendre les décisions les plus justes possibles ? La dépersonnification est-elle viable, raisonnable et réalisable ? Telles sont les questions que se sont posées les courants philosophiques de l'empirisme et du scepticisme.

Ces courants ont permis de dépasser la rigidité qu'implique l'éviction totale de la subjectivité. Partant, ces derniers soulignent l'apport permis par la partie irrationnelle et subjective qui berce la construction de la conviction. Hume allait jusqu'à dire que seule l'intervention de la subjectivité des affects permet de juger¹⁰⁴. En effet, selon ce dernier, l'absence d'émotions engendre une perception uniquement informationnelle des faits allégués, alors que la prise en compte de l'affect permet de désapprouver ces actes.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Montesquieu, *De l'esprit des lois I*, Livre XI, Chap. VI, Paris, Flammarion, 1979, p. 301.

¹⁰⁴ D. Hume, *Traité de la nature humaine III*, Paris, Flammarion, 1993, p. 64.

Outre les idées totalement différentes que mettent en exergue ces deux courants, l'une d'entre elles se démarque quant à la pratique. Alors que le premier courant s'empare plutôt d'une notion utopique en évoquant ce que devrait être le bon juge, la seconde se focalise davantage sur le réalisme de la pratique judiciaire, en mettant en avant l'impossibilité de juger sans l'affect et le subjectif. Mais cette nécessaire influence des émotions et par conséquent, de la subjectivité, remet-elle en question l'acceptation d'impartialité ?

En ce sens, Montaigne - qui faisait partie du courant sceptique - rejette la notion d'impartialité qu'il perçoit comme une apparence donnée à la raison permettant aux juges de s'adonner librement à leur arbitraire¹⁰⁵. Tandis que les rationalistes croient en l'autorité impersonnelle de la loi comme permettant de faire disparaître la subjectivité des juges.

L'importance de l'impartialité n'est pas guidée uniquement par la volonté de satisfaire au mieux les exigences juridiques. En effet, l'exigence sociétale, à travers les attentes des individus, n'est pas à négliger (**B**).

B - L'importance de la représentation rationnelle du droit

Outre l'importance du caractère juridictionnel de la notion d'impartialité, l'importance sociétale est également à prendre en compte. En effet, serait-il possible d'admettre à l'ensemble des individus, que la décision qui pourrait changer le cours de leur avenir, sera - entre autres - motivée par les préjugés inconscients, les caractéristiques sociales ou encore les émotions des juges ?

Le rôle de l'État se comprend notamment à travers la protection des individus contre les actes de délinquance. À ce titre, la justice privée n'est plus admissible puisque l'État est seul défenseur, incarné par le pouvoir de décision des juges et dans la défense des intérêts de la société représenté par le procureur. Toutefois, l'entièreté de notre étude, consacrée à ces mécanismes cognitifs inconscients et à la caractérisation de leur influence, va à l'encontre de l'effectivité de certaines normes juridiques telles que l'impartialité.

¹⁰⁵ Montaigne, *Essais*, Paris, PUF, collection Quadrige, 2004, II, p. 564-565.

Pour autant, il ne faudrait pas en tirer la conséquence hâtive que l'ensemble des décisions sont entièrement irrationnelles et subjectives. En effet, comme cela a été démontré auparavant, la pluralité des mécanismes juridiques et la déontologie professionnelle des juges limitent l'impact des biais cognitifs et permettent d'avoir des décisions qui ont à la fois une part d'objectivité, et de subjectivité.

D'une manière générale, penser que chaque décision prise individuellement est totalement objective serait une utopie. Qu'il s'agisse de la correction d'un examen ou d'une décision judiciaire, nombreux sont les facteurs subjectifs des correcteurs ou des juges - notamment les biais cognitifs - qui peuvent faire varier une note ou une condamnation.

Pour en revenir à l'impartialité et à l'importance de cette notion pour les individus, celle-ci s'inscrit dans la logique de la perception rationnelle du droit, de sorte que « *l'autorité du juge est menacée par la subjectivité des décisions rendues. La finitude du juge, son éventuel manque de probité, comme la faillibilité de ses décisions, minent son autorité et la confiance que l'on porte aux décisions rendues. Cette subjectivité rend la justice potentiellement arbitraire, au sens où les décisions rendues relèveraient de la volonté personnelle du juge* »¹⁰⁶. En effet, chacun des individus veut se faire juger non pas au travers d'un regard subjectif de juges empreints de biais cognitifs, mais par la perception objective des éléments probatoires soumis au débat contradictoire.

Pour autant, ces affirmations ne veulent pas dire que la partialité exclut *de facto*, la rationalité de la décision. Cela ne veut pas dire également que les juges sont totalement partiaux, puisque l'acception d'impartialité comporte à la fois l'absence de liens entre le juge et les parties, ou le fait que le juge ne soit pas déjà intervenu au cours du processus judiciaire ; mais également - et c'est autour de ce volet qu'est le raisonnement - le fait de ne pas avoir d'idées préconçues. Or, la première acception est totalement effective, et sanctionnable en cas de non-respect. Alors que l'impact des biais cognitifs ne peut pas faire l'objet d'une nouvelle décision puisqu'ils sont imperceptibles. Par conséquent, ils ne sont pas démontrables. Telle est la difficulté - ou, pourrait-on dire leur force.

¹⁰⁶ J. Allard, *op. cit.*

Désormais, il convient d'approfondir l'analyse de l'impartialité à travers l'effet qu'elle induit qui est celui d'une certaine stabilité juridique (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 2 - La garantie d'une certaine stabilité juridique

La stabilité juridique se traduit par l'importance de la prévisibilité des décisions (A) et par les nécessaires limites imposées au pouvoir discrétionnaire du juge (B).

A - La nécessité d'une prévisibilité des décisions

La prévisibilité et la stabilité des décisions sont garanties par des contraintes légales, professionnelles, organisationnelles ou encore déontologiques¹⁰⁷, qui régissent le système pénal. Elles assurent une sécurité juridique pour l'ensemble des individus. Ces affirmations continuent d'œuvrer et ce, par la volonté du système pénal d'offrir une forte protection à l'ensemble de la population par une multiplication des lois et par conséquent, des infractions, des garanties et de la procédure. Cela n'est pas sans risques quant à l'illisibilité des règles juridiques dans certaines matières, comme notamment en matière de terrorisme ou de violences sexuelles qui font l'objet de nouvelles dispositions régulièrement.

Cette multiplicité permet de combler le vide juridique qu'il pourrait exister à l'encontre de certains actes, qui ne seraient pas qualifiés comme des infractions si la loi ne le prévoyait pas. C'est ainsi que certaines dispositions permettent d'englober de nombreuses hypothèses, comme l'association de malfaiteurs. À l'inverse, d'autres infractions viennent se préciser, comme la définition du viol. En réalité, il s'agit plutôt de la législation qui se complète au regard de décisions judiciaires.

¹⁰⁷ Mémoire de V. Schmit, *op. cit.*

En guise d'illustration, la définition actuelle du viol¹⁰⁸ a été modifiée par la loi du 21 avril 2021¹⁰⁹ afin de préciser que tout acte bucco-génital peut consister en un viol. Cette modification est intervenue après l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 14 octobre 2020¹¹⁰. Cet arrêt a fait l'objet de critiques suite à la requalification d'un viol en agression sexuelle. Les Sages ont considéré que l'acte bucco-génital que la requérante invoquait, n'avait pas permis de déterminer les conditions de profondeur, d'intensité et de mouvements. Par conséquent, ces faits ne pouvaient pas être qualifiés comme une pénétration et donc, la qualification de viol est exclue au profit de celle de l'agression sexuelle. Cet arrêt ayant fait l'objet de nombreuses critiques, le législateur a décidé d'intervenir afin d'inscrire l'acte bucco-génital comme étant constitutif d'un viol.

Cela permet de mettre en exergue la complexité de l'interprétation de la loi. Une infraction rédigée en des termes trop larges donne un plus grand pouvoir au juge quant à l'interprétation qu'il peut en tirer. Le but du renforcement des outils juridiques se heurte à l'impossibilité d'anticiper le panel de toutes les situations qui peuvent se produire. Parfois même, cette multiplicité empiète sur la stabilité juridique du fait de la contradiction possible entre deux dispositions. Des infractions rédigées en des termes trop restrictifs excluent *de facto*, un bon nombre d'autres situations. Il s'agit de raisons qui peuvent expliquer que la prévisibilité des décisions est souhaitable, mais laborieuse. Par conséquent, la prévisibilité et la stabilité juridique sont d'abord confrontées à l'interprétation de la loi par le juge.

La prévisibilité est d'autant plus compliquée lorsque l'on prend en compte les biais cognitifs des juges, qui viennent menacer cette dernière ainsi que la stabilité juridique. À ce propos, Jacques Faget évoque que « *si la liberté d'action du joueur se ramène, pour une grande part, à la mise en oeuvre stratégique des possibilités de choix ouvertes par le jeu lui-même, aussi institutionnalisé et conventionnel soit-il, aucun jeu ne peut se passer de l'intervention créatrice du joueur*¹¹¹ ».

¹⁰⁸ C. pén., art. 222-23.

¹⁰⁹ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021, art 9.

¹¹⁰ Cour de cass. Ch. crim. 14 oct. 2020, n°20-83.273

¹¹¹ J. Faget, *op. cit.*

Ainsi, « *une part de subjectivité subsiste qui permet à l'acteur d'affirmer son identité personnelle au détriment des attentes de rôle que son statut suscite. [Il s'en suit que] le système est moins prévisible qu'il n'y paraît car la rationalité des décisions s'en trouve largement limitée* »¹¹². Par conséquent, nonobstant les garanties de protection et la volonté du système pénal d'assurer la prévisibilité et la stabilité juridique, l'ensemble de ces outils ne permettent pas d'empêcher de manière absolue l'émergence des biais cognitifs.

L'exigence d'impartialité des juges permet également de poser des limites quant à leur pouvoir (B).

B - Les limites au pouvoir d'appréciation souveraine du juge

Lors d'une séance du Conseil d'État le 7 mai 1806, Napoléon déclarait que « *Les juges n'ont pas de pouvoir discrétionnaire ; ce sont des machines physiques au moyen desquelles les lois sont exécutées comme l'heure est marquée par l'aiguille d'une montre* »¹¹³. À l'inverse, le psychologue James Gibson disait que « *Les juges se décident en fonction de ce qu'ils préfèrent faire, tempérés par ce qu'ils pensent pouvoir faire, mais contraints par ce qu'ils perçoivent comme faisable ou non* »¹¹⁴.

Les différentes visions du juge - entre réalisme et scepticisme - et du rapport qu'il entretient avec la loi, ne sont pas récentes. Toutefois, l'accroissement de la psychologie cognitive puis de l'économie comportementale au cours des années 70¹¹⁵, ont permis de découvrir les biais cognitifs, qui viennent ajouter une difficulté supplémentaire à la compréhension de la décision judiciaire.

Le juge est sous l'influence de raisonnements inconscients erronés et faussement logiques, qui peuvent se construire et se renforcer par de nombreux facteurs. Cette étude a permis d'évoquer préalablement les nombreuses considérations professionnelles, législatives, déontologiques qui sont de nature à venir réguler leur impact.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ B.Philippe, *Être juif dans la société française. Du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Editions complexe, 1999, p. 167.

¹¹⁴ Mémoire de V. Schmit, *op. cit.* p. 17.

¹¹⁵ A. Philippe, *op. cit.*

En effet, le juge ne peut pas totalement se laisser submerger par une conviction qui irait à l'encontre de certaines obligations juridiques. En guise d'exemple, le juge ne peut pas décider de la majorité ou de la minorité d'un individu sur le seul fondement des conclusions de tests osseux. Ainsi, le juge doit s'appuyer sur la loi et doit trouver les fondements qui vont dans le sens de sa conviction, si tel n'est pas le cas, il devra se conformer sous peine de voir le degré de juridiction supérieure soulever le manque de base légale. De la même manière, l'absence d'impartialité du juge peut se voir frapper de l'annulation de la décision, d'une sanction judiciaire de la part du Conseil supérieur de la magistrature pouvant aller jusqu'à la révocation, ou même de poursuites pénales.

Par conséquent, même si l'interprétation est modulable et que le juge peut être empreint de biais cognitifs influençant ses décisions, il n'en demeure pas moins qu'il est tenu par de nombreux éléments tels que l'obligation de motivation, qui l'empêche de faire comme il l'entend. L'obligation de motivation se comprend à travers la nécessité de contrôler les décisions de justice et se distingue de l'intime conviction en ce qu'elle n'oblige pas le juge à exprimer comment il est parvenu à une certitude, mais uniquement à expliquer quelles preuves lui ont permis de construire son jugement. Cette motivation permet de lutter contre les décisions arbitraires, inexplicables et incomprises par les parties. Le juriste Lévy-Bruhl énonce en ce sens que "*prouver, c'est faire approuver*" ; autrement dit, elle permet d'apporter une légitimité à la décision. Au surplus, il apparaît nécessaire que les parties puissent comprendre une décision afin de l'intégrer et de lutter contre l'incompréhension qui pourrait entraîner la réitération voire l'absence de réintégration dans la société. Nonobstant, certains auteurs estiment que la différence notable entre la théorie et la pratique ne permet pas de rendre effectif la motivation du jugement en ce que les motifs de preuves sont confondus avec les motifs juridiques¹¹⁶.

D'autres mécanismes sont de nature à limiter l'arbitraire du juge comme la collégialité, le débat contradictoire ou la présomption d'innocence, qui ont été préalablement invoqués.

¹¹⁶ L. Cadiet, M. Mekki et C. Grimaldi, *La preuve: regards croisés*, Dalloz, 1^è ed., 2015 p. 128.

Au regard de l'approfondissement fait en amont de notre étude sur la notion d'intime conviction, ainsi que de celui relatif à l'impartialité, il en résulte que la cohabitation de ces deux notions s'avère discutable (**Section 2**).

Section 2 - Le maintien d'une cohabitation entre deux notions divergentes : l'intime conviction et l'impartialité du juge

Malgré l'ensemble des éléments abordés précédemment concernant la nécessité et l'intérêt de la consécration des notions d'intime conviction et d'impartialité du juge ; il n'en demeure pas moins que sous le prisme des biais cognitifs, ces deux notions semblent contradictoires. Et cela en raison de la subjectivité intrinsèque à la notion d'intime conviction (**A**) et de l'objectivité inhérente à l'impartialité (**B**).

Paragraphe 1 - La subjectivité au coeur de l'intime conviction

L'étude des biais cognitifs impose de remettre en cause l'effectivité de certaines notions au regard des fonctions cognitives des juges. À ce titre, la subjectivité qui caractérise la formation de l'intime conviction pose difficulté quant aux biais qui pourraient influencer l'appréciation des modes de preuve (**A**), ainsi que la potentielle construction de l'intime conviction en amont du procès pénal (**B**).

A - La liberté d'appréciation des modes de preuve

Les propos liminaires de cette étude ont permis de fournir une définition de l'intime conviction, tandis que les derniers propos ont mis en exergue la notion d'impartialité. Une difficulté s'impose indéniablement quant à la cohabitation de ces deux notions au vu de leur caractéristique principale : l'objectivité de l'impartialité et la subjectivité de l'intime conviction. Si l'acte de juger repose sur la prise en compte objective de chacun des éléments probatoires sans idées préconçues, est-il possible que le processus de jugement repose également sur l'analyse subjective de ces mêmes éléments ? De prime abord contradictoires, ces deux notions n'en sont pas moins complémentaires.

Afin d'argumenter en la faveur de la coexistence de l'impartialité et de l'intime conviction, il convient de faire la distinction entre l'endroit auquel chacune de ces notions se forment. Pour cela, rappelons que la définition du mot « convaincre » provient du sentiment ressenti dans le for intérieur, l'intime fait référence à ce qui est de plus profond et secret¹¹⁷. Par conséquent, l'intime conviction est un mécanisme intérieur au juge lui permettant d'évaluer la pertinence de chacun des éléments qui lui sont soumis au cours du débat contradictoire.

L'impartialité, quant à elle, dispose d'une dimension à la fois interne et externe. Externe puisqu'elle va supposer que le juge ne montre pas aux parties quelle est sa conviction, et empêcher qu'un même juge puisse intervenir dans une affaire où celui-ci n'est pas totalement neutre. Interne car le juge ne doit pas se forger d'idées préconçues. C'est sur cette deuxième dimension que le lien étroit avec l'intime conviction se crée et que les biais cognitifs peuvent exercer leur influence.

En effet, comment traiter à la fois de manière objective et égale les éléments probatoires, tout en acceptant que la subjectivité permette de donner une plus ample considération à l'un d'entre eux ? La solution semble se trouver dans le moment auquel ces deux notions doivent s'exercer. Alors que l'impartialité doit être acquise au moment de la lecture des dossiers et lors de l'audience, l'intime conviction devrait commencer à se construire une fois que le juge dispose de l'ensemble des éléments. Partant, il ne dispose pas de pré-jugement, il traite de manière égale et objective les preuves, de sorte qu'il ne commence à forger sa conviction qu'une fois acquise la parfaite connaissance des démonstrations de chacune des parties. À cet égard, la coexistence et même la complémentarité de ces notions semble être possible. Mais l'émergence des biais cognitifs permet-elle de rendre effective cette coexistence ?

¹¹⁷ J.M. Fayol-Noireterre, "*Rubrique - L'intime conviction, fondement de l'acte de juger*", *Informations sociales*, 2005/7, n°127, p. 46-47.

L'intime conviction pourrait permettre de prendre en compte les biais cognitifs si l'on se focalise uniquement sur le fait qu'il s'agit d'un jugement subjectif qui va permettre d'accorder plus de crédit à une preuve qu'à une autre. *A contrario*, celle-ci serait de nature à évincer leur présence si la représentation de l'intime conviction « *requiert une rigueur dans la réflexion, dans le raisonnement, une forme éthique et d'humilité devant la science, devant les paroles, avant de décider*¹¹⁸ ». À cet égard, la rigueur dans la réflexion s'oppose à l'émergence des biais cognitifs qui, eux, reposent sur un traitement plus rapide des informations. L'impartialité s'en éloigne plus strictement puisqu'elle suppose un traitement objectif, or nous avons démontré auparavant que l'objectivité ne semble pas compatible avec l'influence des biais cognitifs.

Ainsi, quelle que soit la notion prise en compte, leur compatibilité semble non seulement pouvoir faire l'objet de questionnements, mais au regard des biais cognitifs, ces notions semblent toutes deux manquer de réalisme - même si l'intime conviction est celle qui permet de s'en rapprocher le plus.

En guise d'illustration, il convient d'évoquer plus amplement l'actualité inquiétante des bébés secoués, telle que l'affaire de Sandrine Baudet. Ces affaires permettent de se rendre compte de l'ineffectivité de certaines notions telles que l'impartialité et l'intime conviction, et cela se comprend par la présence des biais cognitifs. Une coïncidence jugée étrange, tel est l'objet de ces affaires qui ont mis en exergue les conclusions hâtives des juges. Sandrine Baudet fait partie de ces parents qui ont été accusés à tort d'avoir exercé des violences sur leur fils, causant le syndrome du bébé secoué. Condamnée en 2014, la décision fit l'objet d'un non-lieu le 5 juin 2019.

Cette décision peut s'expliquer par l'influence du biais d'inférence. En effet, les juges ont tiré des conclusions hâtives entre des symptômes pouvant être expliqués par la maladie, avec des blessures causées par les violences exercées par les parents, alors même que le lien de causalité était incertain. Il semble que le respect de l'impartialité par un traitement objectif et égalitaire de chacune des preuves, avec un jugement sans idées préconçues ; ou encore du doute qui doit profiter à l'accusé, aurait permis de ne pas aboutir à cette erreur

¹¹⁸ J.M. Fayol-Noireterre, *Ibid.*

judiciaire. Toutefois, il ne convient pas d'en déduire que chacune des erreurs judiciaires sont une émanation de la faille des normes juridiques. Simplement, les biais cognitifs peuvent être de nature à orienter la conviction des juges et l'effectivité de certains principes. *A contrario*, il convient de souligner également que ces mêmes principes peuvent permettre de limiter l'impact des biais cognitifs.

La prise en compte des biais cognitifs n'impacte pas uniquement la liberté d'appréciation des modes de preuve. En effet, ces distorsions cognitives peuvent également avoir un effet sur la construction de l'intime conviction au regard de son stade de formation (**B**).

B - La construction de l'intime conviction en amont du procès pénal

Par définition, l'intime conviction est reliée à l'acte de juger, elle devrait donc se forger au moment du procès pénal, lors de la présentation des éléments à charge et à décharge par chacune des parties. Toutefois, la lecture du dossier en amont de l'audience, ne constitue-t-elle pas le début de la formation d'une opinion et de la conviction du juge ? Dans le dossier étudié se trouve l'ensemble des éléments : les procès-verbaux des auditions et des mesures qui ont pu être prises par les enquêteurs ou les juges - comme par exemple une détention provisoire ou la mise en place d'obligations -, les interpellations, perquisitions, expertises, enquêtes de personnalité, témoignages ou encore les conclusions des avocats. L'ensemble de ces éléments sont repris lors du procès pénal. Toutefois, leur lecture par le juge induit un commencement d'opinion. Nonobstant, cela ne doit pas être confondu avec une prise de position de la part du juge de nature à cristalliser sa conviction.

À la suite de quelques interrogations aux magistrats exerçant des fonctions de présidence au sein du pôle pénal du Tribunal judiciaire d'Aix-en-Provence, la plupart se disent être orientés par la lecture faite du dossier mais ne sont pas pour autant convaincus. Cette nuance est importante et le contraire serait fortement critiquable au regard de notre système de droit pénal. L'orientation est incontestable puisque la lecture du dossier par le constat de certains éléments et l'absence d'autres, fait ressortir les éléments à charge et à décharge permettant au juge de se donner une idée de l'affaire. Toutefois, la détermination

de l'orientation de la culpabilité ne doit pas être acquise et les réponses aux questions posées aux magistrats s'orientent dans ce sens. Ainsi, la lecture du dossier est indispensable en ce sens qu'elle permet l'orientation en amont, non pas de la culpabilité ou de la peine, mais de l'audience. Nonobstant, cette question se rapprochant de la notion d'impartialité, il convient de la traiter ultérieurement. Afin de se focaliser sur l'importance de ne pas cristalliser son intime conviction en amont, il convient d'évoquer le fait que certaines affaires peuvent surprendre les juges par le positionnement de la victime ou de la défense, ou encore par les nouvelles informations qui peuvent émerger des déclarations des parties.

En guise d'illustration, il convient d'évoquer notamment un procès en Cour d'assises dans lequel des allégations de viol et de violences conjugales étaient émises par la partie civile. Lors de l'audience, l'auteur des faits a informé son avocate qui a elle-même informé la Cour, que la victime était revenue auprès de l'auteur et attendait un enfant de ce dernier. La tournure de l'audience a dévié de sorte que les interrogations étaient fixées sur la volonté de comprendre les actes de la victime. La crédibilité de cette dernière était diminuée et remettait en cause ses allégations au regard de l'absence de compréhension de la part des juges, que la victime continue d'affirmer lors du procès pénal toute la cruauté dont elle avait été victime, tout en retournant parallèlement vers son prétendu agresseur, jusqu'à lui accorder une nouvelle fois la place de père de son enfant. Par conséquent, le procès pénal est nécessaire pour forger la conviction du juge et celle-ci ne doit pas être exercée en amont. En effet, l'imprévisibilité des parties lors de l'audience montre l'intérêt de laisser la place au doute.

Cette position idyllique qui consiste, pour le juge, à ne pas cristalliser son intime conviction en amont du procès du seul fait des éléments probatoires dans le dossier, est questionnable du point de vue de certains biais cognitifs.

Effectivement, la différence des dossiers quant aux preuves et démonstrations et aux infractions reprochées, entraîne une différence de positionnement du juge. En ce sens, certaines affaires sont plus complexes au regard des éléments apportés et de l'orientation des parties. Celles-ci nécessitent particulièrement d'entendre les allégations de chacune

d'entre elles. D'autres affaires sont plus facilement traitées par les juges, notamment celles dans lesquelles se trouvent des aveux. Le débat se concentrera moins sur le retracement de l'ensemble des détails de chaque procès-verbaux et de la démonstration de la culpabilité. Pourtant, lorsqu'il s'agit d'infractions d'une particulière gravité, l'importance de ne pas prendre les aveux comme vérité a été démontrée plusieurs fois - notamment dans l'affaire concernant Patrick Dils. Mais la rareté des faux aveux, ou du moins de leur révélation, est telle que la justice ne dispose pas du temps nécessaire qui lui permettrait de remettre en question chacune des déclarations d'aveux.

Par conséquent, les dossiers dans lesquels se trouvent des aveux sont potentiellement plus incitatifs à la construction d'une première impression allant dans le sens de la culpabilité du prévenu, même si les autres éléments seraient de nature à comprendre la fausseté des déclarations. Cela est notamment dû au biais de confirmation qui donne plus d'importance aux éléments allant dans le sens de notre conviction. Il a été constaté précédemment à quel point le détachement de cette pensée était laborieux, allant jusqu'à se renforcer. Une étude expérimentale menée en 1983 a démontré que les magistrats ayant lu le dossier de l'affaire avant le procès pénal, étaient plus enclins à condamner que ceux qui ne l'avaient pas lu¹¹⁹. De la même manière que certaines preuves peuvent être plus convaincantes pour le juge et être accentuées par le biais de confirmation, l'effet de primauté et l'effet de récence peuvent également émerger.

Ainsi, les biais cognitifs peuvent favoriser la cristallisation de la conviction du juge et ce, en amont du procès pénal, de sorte que les éléments soumis au débat contradictoire seront sélectionnés par le biais de confirmation. Toutefois, cela ne doit pas être entendu comme une généralité puisque les dossiers étant tous différents, le traitement qui leur sera accordé implique d'être, *de facto*, différent.

¹¹⁹ Schünemann, "*Experimentelle untersuchungen zur reform der hauptverhandlung in Strafsachen*", Kerner/Kury/Sessar, Cologne, 1983

Après avoir étudié la remise en question du moment de cristallisation de l'intime conviction eu égard aux biais cognitifs, il convient de se pencher sur celle d'impartialité, dont la caractéristique principale repose sur l'exigence d'objectivité des juges (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 2 - L'objectivité au cœur de l'impartialité

L'impartialité suppose d'évincer toute idée préconçue, de sorte que le juge ne doit pas être orienté avant le procès pénal, sur la culpabilité du prévenu. Pourtant, les biais cognitifs qui se forment lors de la lecture des dossiers seraient de nature à relativiser cette absence de préjugement (**A**). De manière similaire, les émotions dont sont épris les juges peuvent venir remettre en cause la notion d'impartialité (**B**).

A - L'absence d'opinion préconçue ou de préjugement confrontée à lecture des dossiers

L'impact de la lecture des dossiers avant le procès pénal vient d'être traitée sous l'angle de la formation de l'intime conviction, mais qu'en est-il concernant l'impartialité ?

Que la lecture des dossiers ait permis la construction ou la cristallisation de la conviction du juge, l'interrogation qui demeure est celle de l'impact sur les juges assesseurs lorsque l'audience prend la forme de la collégialité. En effet, il apparaît que ces derniers ne travaillent pas les dossiers en amont puisque le président de l'audience a pour rôle de reprendre les éléments essentiels et de les soumettre au débat contradictoire. La reprise de ces éléments doit, en théorie, être impartiale. Par conséquent, elle ne doit pas permettre de déduire l'idée que se fait le juge. Elle implique alors de se limiter pour le juge, à l'exposition des éléments de faits, des allégations des parties tout au long de la procédure, de la reprise des témoignages et plus généralement, des éléments probatoires.

A fortiori, une sélection préalable des éléments pertinents peut être de nature à faire comprendre implicitement l'orientation de la conviction du président de l'audience. En pratique, la déduction de l'opinion du juge - lorsque celle-ci est prenable - se joue moins sur la sélection opérée que sur la manière dont ces éléments vont être évoqués. En effet, les obligations professionnelles et déontologiques du juge vont lui faire invoquer chacun des éléments probatoires. Même si cela n'était pas le cas - par exemple du fait d'un oubli ou d'un manque de précision -, les autres parties auraient l'occasion de revenir dessus *a posteriori*. Par conséquent, l'absence d'évocation de l'ensemble des éléments ne semble pas être semée d'écueils. Toutefois, cela n'est pas forcément le cas de la formulation adoptée par le juge. En effet, la façon d'évoquer un élément notamment dans la manière d'introduire la phrase, ou l'apparition de certains apartés, pourraient permettre aux autres juges de comprendre l'opinion du président de l'audience. L'impact de la formulation pourrait favoriser l'apparition du biais de cadrage qui consiste en l'influence d'une décision eu égard à la façon dont les informations ont été présentées.

Pareillement, les relations qu'entretiennent les juges pourraient engendrer des discussions entre ces derniers avant l'audience. À ce titre, il n'est pas invisable que l'opinion du président de l'audience puisse être donnée sur certains dossiers. En effet, la proximité pourrait permettre à l'occasion d'une suspension d'audience ou tout simplement par le fait de se croiser au sein du tribunal, d'aborder une discussion relative aux dossiers.

Au surplus, les éléments qui ont permis au juge des libertés et de la détention de placer un individu en détention provisoire, n'impactent-ils pas l'impartialité dont doivent faire preuve les juges présents lors de l'audience ? De prime abord, il convient d'évincer l'hypothèse selon laquelle le juge ayant procédé au placement en détention provisoire, puisse être également le juge décidant de la culpabilité et de la peine du prévenu. En effet, l'impartialité de droit positif l'en empêche. Toutefois, la connaissance par le juge que le prévenu a fait l'objet d'une détention provisoire pour des raisons¹²⁰ telles que la prévention contre le risque de renouvellement de l'infraction, n'est-elle pas de nature à impacter l'impartialité du président de l'audience ?

¹²⁰ C. pr. pén., art. 144.

Au regard de la définition même de l'impartialité, qui suppose l'absence de préjugement ou d'idées préconçues, la connaissance de la détention provisoire ne semble pas être une information inopérante. En réalité, la question serait plus pertinente au regard de la cohérence entre la notion de présomption d'innocence et la mesure de détention provisoire. Toutefois, cette question ne faisant pas l'objet de cette étude, il convient de s'en tenir à l'impartialité.

La pluralité des biais cognitifs relatifs à la première impression tels que le biais implicite, le biais de croyance ou même le biais d'ancrage, peuvent être de nature à favoriser des idées préconçues en amont de l'audience pénale. Il ne convient pas de revenir sur chacun d'entre eux puisque cette étude l'a déjà permis auparavant, toutefois l'application à cette situation mérite que l'on prenne au moins un exemple. À cet égard, le biais d'ancrage pourrait constituer le premier risque d'atteinte à l'impartialité, puisque le président de l'audience pourrait déduire de la décision du juge des libertés et de la détention, concernant le placement ou non en détention provisoire, la potentielle culpabilité du prévenu. En effet, puisque le placement en détention provisoire est motivé par des facteurs tels que le risque de réitération, ou encore la potentielle pression sur les victimes et les témoins, ces éléments induisent que la détention provisoire était nécessaire. Ainsi, celle-ci semble plutôt orienter la conviction vers la culpabilité, au regard des éléments qui ont déjà permis le placement. D'autant que la présentation du prévenu dans un box ou en liberté, ne semble pas être inopérant quant à l'impact sur l'intime conviction des juges.

Il convient désormais de s'interroger sur la coexistence entre l'impartialité et les émotions que peuvent ressentir les juges. Sont-elles compatibles ou exclusives l'une de l'autre ? **(B)**

B - La confrontation entre l'impartialité et l'intuition émotionnelle : l'heuristique d'affect

Les émotions n'épargnent pas le procès pénal. Au contraire, elles sont particulièrement présentes et diffèrent selon les parties. En passant de la souffrance ressentie par la victime, à la peur de la condamnation par le prévenu ou encore à l'empathie que peuvent ressentir les juges, elles sont parfois visibles à travers la colère d'un prévenu ou le récit touchant d'une partie civile. Quelles que soient les émotions ressenties par chacun des acteurs du procès pénal, leur existence est indéniable. Toutefois, ces émotions impactent-elles le jugement ? Le courant de recherche *Law and Emotion* a tenté d'étudier cette question en mettant l'accent sur les biais émotionnels inconscients qui pèsent sur la fabrication des décisions de justice¹²¹. Cette étude est le prolongement de la subjectivité des juges mise en exergue par le courant réaliste et de l'approche psychologique du jugement en passant par le scepticisme - abordé précédemment.

Certaines expériences sur les juges ont été menées afin d'évaluer le rôle des émotions, notamment celle de l'impact d'avoir une fille sur les affaires relatives aux droits des femmes. Il apparaît qu'élever une fille permettrait de conserver l'empathie relative à ces affaires. Le constat de cette expérience semble relativement simple à appréhender. En effet, l'empathie est la faculté intuitive de se mettre à la place d'autrui, de percevoir ce qu'il ressent. Par conséquent, l'impact direct sur ses proches ou sur soi est perçu différemment en ce sens qu'il est plus facile de s'identifier à une personne ou un événement qui nous est proche. Une personne qui vient de perdre un membre de sa famille des suites d'un meurtre sera, *de facto*, plus encline à ressentir les émotions qui traversent une personne qui vit la même chose. Par conséquent, un juge ressentira plus facilement de l'empathie en identifiant sa propre fille.

¹²¹ L. Dumoulin, C. Vigour, "Émotions, droit et politique. Bilan et perspectives interdisciplinaires", *Droit et Société*, 2020, n°105 p. 453.

Toutefois, les résultats tirés d'une autre étude¹²² ne sont pas tout aussi faciles à admettre. Elle consistait en la division de deux groupes de juges qui devaient accepter ou refuser la déclaration sous serment d'un médecin à la suite de l'arrestation d'un individu, qui était sous l'emprise de stupéfiants au volant mais qui attestait avoir une carte d'enregistrement le lui autorisant. L'individu qui était présenté au premier groupe était un père de famille âgé, ayant toujours travaillé et sous traitement du fait de graves douleurs causées par un cancer des os. Tandis que le second groupe se voyait présenter un individu à peine majeur, ayant des mentions pour trafic de drogues, et étant au chômage et en liberté conditionnelle.

Les résultats ont démontré que le premier individu avait fait l'objet d'un meilleur traitement. Malgré l'apparence contestable que l'on pourrait évoquer quant à l'impact des émotions sur la décision, il n'en demeure pas moins que ce jugement peut s'appuyer également sur le principe d'individualisation des peines. En effet, la différence majeure entre ces deux individus ne repose pas uniquement sur la sympathie, mais aussi sur leur passif judiciaire. La crédibilité accordée à un ancien trafiquant de drogues n'est pas la même. Il en va de même pour la détermination du risque de réitération, même si ces corrélations sont illusoire. Par conséquent, ces études ne semblent pas révéler des résultats de nature inconcevable ou absolument contestable.

Admettre que les émotions traversent les juges et peuvent orienter inconsciemment leur opinion ou leur appréciation d'un élément ou d'une personne, ne veut pas dire pour autant qu'elles vont être le reflet de la décision pénale. L'impartialité et l'objectivité peuvent coexister avec les émotions, même si cette affirmation semble questionnable. En effet, les émotions sont fondées sur la subjectivité de leur manifestation et de leur appréhension. *A contrario*, l'impartialité repose sur l'objectivité. Toutefois, l'impartialité du juge ne signifie pas qu'il ne doit rien ressentir et appliquer les règles juridiques de manière automatique comme un robot pourrait le faire après lui avoir donné les éléments à prendre en compte. Il ne s'agit pas de les évincer mais simplement de les maîtriser et de ne pas les laisser envahir une décision de justice.

¹²² C. Guthrie, J.J. Rachlinski, A.J. Wistrich, "Heart versus head: do judges follow the law or follow their feelings?", *Texas Law Review*, vol. 93, 2015, p. 868.

Dans la pratique, l'impartialité du juge se manifeste par la gestion de ses émotions au regard des règles juridiques qui s'imposent à lui. Il convient même de soutenir le fait que les émotions ne doivent pas être vues comme quelque chose de préjudiciable à la décision de justice mais plutôt de vivifiant. L'émotion permet de rendre vivante une décision afin de désamorcer le côté uniquement informationnel des faits. Elle permet de comprendre une peine, à la fois dans sa fixation comme dans la détermination de l'absence de culpabilité. L'absence d'émotion pourrait pousser à des décisions disproportionnées, dépourvues de prévisibilité sur les conséquences sociales et humaines induites. La philosophe Martha Nussbaum invite en ce sens les juges à prendre conscience de l'intérêt des émotions en tant que facteur de rationalité sociale¹²³. Tandis que le docteur en économie Arnaud Philippe évoque à ce propos que le temps du débat ne doit pas permettre de s'écarter de manière absolue de ses émotions, mais simplement de « *permettre un apaisement social nécessaire à la poursuite de la vie en commun* »¹²⁴.

L'émotion doit ainsi être vue comme régulatrice plutôt que dévastatrice. Elle permet de se rapprocher de la réalité sociale et humaine et doit simplement faire l'objet d'une gestion de la part des juges afin de ne pas exclure l'impartialité. Ainsi, l'émotion est à la fois utile et primordiale. Nécessaire par sa régulation des décisions, et primordiale par son lien imprenable avec l'humain.

¹²³ M. Nussbaum, *L'art d'être juste*, Paris, Climats, 2015

¹²⁴ A. Philippe, « *Vous jurez de n'écouter ni la haine ou la méchanceté... Les biais cognitifs affectant les décisions de justice* », *Les cahiers de la justice*, 2015/4, n°4, p. 563 à 577

CONCLUSION

Cette étude s'est interrogée sur l'influence des biais cognitifs lors du processus judiciaire. À ce titre, cette problématique imposait de revenir sur les acteurs composant le procès pénal tels que l'expert, le plaignant, l'enquêteur, le prévenu, le ministère public et surtout le juge ; afin de s'interroger sur les biais cognitifs dont ils pouvaient être empreints. Certaines difficultés ont été rencontrées quant à la coexistence des biais cognitifs avec certains principes juridiques. A cet égard, la cohérence entre certaines visions du droit et la réalité cognitive a été questionnée, permettant d'aboutir à la conclusion suivante : l'existence de l'un n'exclut pas la présence de l'autre. Leur complémentarité a même été envisagée, de telle sorte que l'impartialité, l'intime conviction et les biais cognitifs peuvent venir cohabiter même si, de prime abord, cette affirmation est contestable. L'interrogation soumise dans les propos liminaires - lors de l'introduction -, concernait l'influence des biais cognitifs sur le processus judiciaire. Dans la lignée de ce travail, la réponse est indéniablement positive. En dépit des visions utopistes mettant sur un piédestal la rationalité comme unique fondement des décisions judiciaires, la subjectivité guidant les individus n'exempte pas le processus décisionnel dans le droit. Nonobstant la vision négative de cette affirmation, nous avons tenté de démontrer, outre les difficultés, l'intérêt d'une telle subjectivité.

Consécutivement, une analyse individuelle des biais cognitifs de chacun des acteurs a permis de se concentrer sur la corrélation entre ces derniers et les conséquences induites sur le processus de raisonnement des juges. Se développant principalement dans des situations d'incertitude nécessitant une prise de décision, ces opérations mentales intuitives sont particulièrement favorisées lors du procès pénal. Pour autant, la faculté de raisonnement supérieure des juges conjuguée aux nombreuses règles juridiques, semblent limiter l'émergence des biais cognitifs. *A contrario*, la rapidité qu'exige la justice, la pluralité et la similarité des affaires ainsi que la lecture des dossiers en amont, peuvent être de nature à les favoriser.

La décision de justice dans le droit pénal ne résulte pas du processus automatique et uniquement rationnel qu'une machine perfectionnée pourrait concevoir après avoir analysé l'ensemble des éléments. L'humanité permet d'apporter le regard subjectif et une interprétation différente selon les juges. Tandis que le droit permet d'apporter les règles juridiques communes sur lesquelles doit se concentrer l'opération de raisonnement, de telle sorte que la décision qui en résulte nécessite d'être conforme aux règles en vigueur.

Toutefois, les normes juridiques ne sont pas infaillibles face à des raisonnements inconscients. En ce sens, la sollicitude du système intuitif et rapide en dépit d'un raisonnement poussé, ne pourra être empêchée par aucune règle juridique et ce, du fait de son absence de visibilité liée au recours à l'inconscient. Seule la délibération permise par la collégialité avec d'autres juges ayant sollicité leur système de raisonnement le plus élaboré, pourrait permettre de contrer l'influence des biais cognitifs. À l'inverse, la robustesse des biais serait de nature à consolider l'intuition afin de la rendre rationnelle¹²⁵.

Outre le fait d'essayer de contrer les biais cognitifs, est-il possible d'empêcher leur apparition et leur développement ? Il semble que chaque biais dispose d'une particularité qui permet de différencier leur stratégie d'évitement. À ce titre, puisque le biais de confirmation nous incline à favoriser les informations qui renforcent notre point de vue, il convient d'essayer d'apposer une vision différente sur ces éléments de telle sorte qu'il faudrait parvenir à traiter de manière similaire les informations qui vont à l'encontre de l'intuition, et de ne pas les évincer systématiquement. De la même manière, le biais d'ancrage peut être limité si un effort de raisonnement est entrepris afin de ne pas accorder de prééminence à la première information qui a été soumise aux juges. Partant, l'expérience professionnelle permet de compléter les connaissances des juges sur lesquelles ils peuvent s'appuyer et comparer - notamment la détermination du *quantum* - grâce aux précédentes affaires jugées.

¹²⁵ M. Adjaout-Ponsart, *op. cit.*

D'une manière plus générale, la solution qui semble la plus efficace est celle de la sensibilisation des juges aux biais cognitifs. En effet, l'inconscient est au cœur de leur émergence, par conséquent si les juges arrivent à comprendre quand ils peuvent être sous leur influence et les situations propices à leur développement ou leur renforcement, ils seraient plus facilement détectables et par conséquent, potentiellement réductibles. Ainsi, nonobstant leur caractère inévitable, imprédictible et incommensurable, il n'en demeure pas moins que leur impact peut être atténué.

La prise de conscience des situations propices à l'influence des biais cognitifs est d'une importance considérable pour les juges, puisqu'ils prennent des décisions judiciaires impactant l'avenir de nombreuses personnes. Toutefois, l'impact quotidien exercé sur l'ensemble des individus et ce, même en dehors du contexte professionnel, explique l'accroissement de l'étude des biais cognitifs et permet d'ouvrir une perspective intéressante quant à l'utilisation d'internet.

L'émergence des biais cognitifs trouve un intérêt particulier dans la manipulation des informations transmises aux utilisateurs d'internet. Aperçus comme des potentiels consommateurs, aucun d'entre eux n'est à l'abri de l'utilisation de stratagèmes afin de favoriser la survenance de biais cognitifs. Récemment, de nombreuses notions se sont développées du fait de l'essor imminent et constant d'internet. Riche d'informations, d'actualités, de marketing ou encore de commerce, il ne fait nul doute que l'apparition des *cookies*, des *nudges*, des *dark patterns* ainsi que des algorithmes, influencent considérablement nos prises de décisions, et ce, souvent inconsciemment. Il convient de préciser que l'ensemble de ces éléments appartient à la « captologie »¹²⁶.

La législation et le droit prospectif s'emparent peu à peu de ces notions afin de lutter contre l'exploitation de nos biais cognitifs. À ce titre, la Californie est le premier État à avoir banni l'utilisation des *dark patterns* par les concepteurs d'interfaces numériques, à travers l'adoption du California Consumer Privacy le 15 mars 2021¹²⁷.

¹²⁶ B-J. Fogg, *Persuasive technology, comment faire pour que les ordinateurs puissent changer ce que pensent et font les gens?*, 2003

¹²⁷ SB 1121, Dodd. California Consumer Privacy Act of 2018

Dans le droit interne, la commission « Les lumières à l'ère Numérique » dirigée par le sociologue Gérald Bronner dont le rapport a été dressé le 11 janvier 2022¹²⁸, a notamment mis en exergue l'utilisation des biais cognitifs des utilisateurs d'internet et les risques qui pesaient sur la véracité des informations et des croyances de ces derniers. À ce titre, le rapport Bronner se questionne sur l'instrumentalisation de nos biais cognitifs afin de capter notre attention et dégager du profit. L'une des solutions préconisées est de désactiver par défaut les métriques de popularité et l'éditorialisation algorithmique. Ce rapport favorise la prise de conscience des individus face aux stratégies mises en place afin de solliciter nos biais cognitifs dans le but de nous faire acheter un produit, de nous faire adhérer à des idées ou encore de capter nos données.

Ces travaux se différencient des autres recommandations par l'intégration des mécanismes de psychologie cognitive. Partant, il fournit une explication du lien qui relie les capacités cognitives à la désinformation, éclairée par la multitudes d'informations qui inondent - entre autres - les réseaux sociaux. La viralité grandit proportionnellement au caractère criant de l'information, de sorte qu'une fausse information provoquant un fort sentiment, aura plus de chances de se diffuser qu'une information vraie mais insignifiante et ce, d'autant plus par l'influence des algorithmes. Au regard de cette étude, il convient d'appuyer l'intérêt du rapport de la commission Bronner quant aux préconisations qui y sont issues, dont l'objectif est notamment de forger l'esprit critique. La vigilance cognitive serait un frein efficace contre les erreurs de raisonnement pouvant engendrer la propagation de la désinformation¹²⁹.

Toutefois, la principale question réside dans l'identification de l'utilisation de nos biais cognitifs. Comment prouver qu'un mécanisme spécifiquement employé par les utilisateurs d'internet, est de nature à favoriser leurs biais cognitifs ? Depuis peu, la législation semble se préoccuper davantage de cette question.

¹²⁸ Les lumières à l'ère numérique, rapport de la commission janvier 2022, Bronner.

¹²⁹ B. Jeulin, *Village de la justice*, "Enseignement de l'esprit critique, contrôle des algorithmes et publicité ciblée: les pistes du rapport Bronner", 4 mars 2022.

À ce titre, une proposition de loi avait été présentée le 22 octobre 2019 puis examinée en commission au Sénat le 5 février 2020¹³⁰ dont l'un des objectifs était d'assurer le libre choix du consommateur par les terminaux, notamment en luttant contre l'utilisation des *dark patterns* en s'assurant de la clarté et de la lisibilité de ces interfaces¹³¹. Dans la lignée de la législation sur le traitement des données à caractère personnel ou encore de la loyauté des plateformes, a émergé la notion de « droit à la maîtrise de l'attention »¹³². Toutefois, ce dernier renvoie directement à la problématique inhérente à la notion des biais cognitifs : leur identification.

Nonobstant, seule la commission Bronner évoque explicitement la notion de biais cognitifs et met en exergue la nécessité d'intégrer la psychologie cognitive à la fois pour parfaire les explications de certains événements - tels que la recrudescence de la désinformation dans des contextes spécifiques - mais également les préconisations qui doivent en découler. Cette reconnaissance explicite permet de marquer l'accroissement progressif des biais cognitifs dans sa prise en compte par la législation. Véritable droit prospectif, ils semblent intégrer progressivement la scène juridique et les débats.

Ce droit prospectif relatif à l'intégration progressive et parfois implicite des biais cognitifs dans les différentes études, préconisations et dispositions législatives, permet de démontrer que leur impact peut s'analyser dans tous les domaines. Par conséquent, la potentielle émergence de distorsions cognitives mérite d'intégrer plus largement la vigilance de chacun des individus et ce, dans l'ensemble des décisions qu'ils sont amenés à prendre.

¹³⁰ Proposition de loi visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace, n°48, session ordinaire du Sénat de 2019-2020.

¹³¹ B. Jeulin, *Village de la justice*, "Dark pattern: comment le droit se saisit-il de l'exploitation de nos biais cognitifs?", 26 août 2021.

¹³² Etats généraux du numérique, synthèse de la consultation, mai 2020, p. 287.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES

- V. Berthet, D. Autissier**, *Stop aux erreurs de décision!*, 2021, chap.6, p. 92.
- A. Bertone**, *Témoins sous influences. Recherches de psychologie sociale et cognitive*. Presses universitaires de Grenoble, 1995.
- L. Cadiet**, *La preuve: regards croisés*. Dalloz, 1^è ed., 2015 p.128.
- P. Clervoy**, *L'effet lucifer: du décrochage du sens moral à l'épidémie du mal*, 2013.
- P. Conte, P. Maistre du Chambon**, *Procédure pénale*. 4^è éd, Armand Colin, 2002, n°59.
- M. Cusson**, *Pourquoi punir ?* Dalloz, p.132.
- O. Ferrier**, *Les techniques de négociation efficaces*, 2016, chap. 12, p. 207-242.
- B-J. Fogg**, *Persuasive technology, comment faire pour que les ordinateurs puissent changer ce que pensent et font les gens?* 2003.
- A. Garapon, M. King**. *Le juge, l'expert et le contrôle de la réalité dans les juridictions de la jeunesse en France et en Angleterre*, Droit et Société, 1988, n°10, p. 425.
- J. Hogarth**, *Sentencing as a human process*, University of Toronto Press, 1971.
- D. Hume**, *Traité de la nature humaine III*, Paris, Flammarion, 1993, p. 64.
- D. Kahneman**, *Entretien Sciences Humaines*, 2013, n°246.
- D. Kahneman et A. Traversky**, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. Cambridge University Press, 1982, p.79-88.
- D. Kahneman**, *Thinking fast and slow*, Allen Lane, 2011.
- L. Kaufmann, F. Clément**, *La sociologie cognitive*, La Maison des sciences de l'homme, 2011, p.7.
- G. Lopez, G. Cédile**, *L'expertise Pénale psychologique et psychiatrique*, 1. Champ de l'expertise psychiatrique et psychologique pénale, 2014, p. 1 à 10.
- J-G March, H. Simon**, *Organizations*. New York: John Wiley and sons, 1958.
- M. Montaigne**. *Essais*. Paris, PUF, collection Quadrige, 2004, II, p. 564-565.
- C-L. Montesquieu**. *De l'esprit des lois I*, Livre XI, Chap. VI, Paris, Flammarion, 1979, p. 301.

- M. Nussbaum**, M. *L'art d'être juste*, Paris, Climats, 2015.
- B. Philippe**, *Être juif dans la société française. Du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Editions complexe, 1999, p. 167.
- J. Pradel**, *Le prévenu ou son avocat doivent toujours avoir la parole les derniers*, D. 2001. p.519.
- A. Prins**, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, 1910, rééd., Médecine et Hygiène, Suisse, 1986, p. 92 s.
- L. Ross**, *The intuitive psychologist and his shortcomings: distortions in the attribution process*. *Advances in experimental social psychology*, vol. 10, 1977, p. 173 à 220.
- C. Viktorovitch**, *Le pouvoir rhétorique: Apprendre à convaincre et à décrypter les discours*, 2021, p.43.

II - ARTICLES

A- ARTICLE TIRÉS DE REVUES

- M. Adjaout-Ponsard**, «Biais cognitifs et comportement judiciaire.» *Les cahiers de la justice*, vol. 2021/3, p.485 à 501.
- J. Allard**, «L'impartialité au coeur de l'autorité du juge. Approches philosophiques.» *Les cahiers de la justice*, vol. 2020/4, n°4, p. 661 à 672.
- G. Amphoux**, «Les malades mentaux... des victimes ?» *Criminologie et psychiatrie*, p.41.
- A. Coche**, «Faut-il supprimer les expertise de dangerosité ?» *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 2011/1, n°1, p. 21 à 35.
- B. Cutler**, «Choosing, confidence and accuracy: A meta-analysis of the confidence-accuracy relation in eyewitness identification studies.» *Psychological bulletin*, n°118, 1995, p. 315-327.
- J. Dozois**, «L'expertise de la dangerosité.» *Criminels et psychiatrie*, vol. Vol. 15, n°2, 1982, p. 7 à 25.
- E. Dubourg**, «Les instructions d'évaluation des risques de récidive, du jugement professionnel non structuré aux outils actuariels.» *Criminocorpus*, 2016.
- L. Dumoulin, C. Vigour**, «Émotions, droit et politique. Bilan et perspectives interdisciplinaires.» *Droit et Société*, 2020, n°105 p. 453.

- J-M. Fayol-Noireterre**, «Rubrique - L'intime conviction, fondement de l'acte de juger.» *Informations sociales*, vol. 2005/7, n°127, p. 46-47.
- N. Fricero**, «Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité.» *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n°40, juin 2013.
- J. Goldszlagier**, «L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire.» *Les Cahiers de la justice*, vol. 2015/4, p. 507 à 509.
- J-P. Guay**, «Prédiction actuarielle et prédiction clinique: le dernier souffle d'une pratique traditionnelle.» *RICPTS*, 2006, n°2, p. 149 et s.
- C. Guthrie**, «Heart versus head: do judges follow the law or follow their feelings ?» *Texas Lax Review*, vol. 93, 2015, p. 868.
- C. Insko**, «Primacy versus recency in persuasion as a function of the timing of arguments and measures.» *Journal of abnormal and social psychology*, 1964, n° 381.
- S-B. Jonathan, K-E. Stanovich**, «Dual-process theories of higher cognition: advancing the debate.» *Perspectives on psychological science*, 2013, 8, p. 223.
- J. Jou, R. Harris**, «The effect of divided attention on speech production.» *Bulletin of the psychonomic society*, n°30, 1992, p. 301-304.
- A. Philippe**, «Vous jurez de n'écouter ni la haine ou la méchanceté... Les biais cognitifs affectant les décisions de justice.» *Les cahiers de la justice*, vol. 2015/4, n°4, p. 563 à 577.
- N. Przygodzki-Lionet**, «Le témoignage en justice: les apports de la psychologie sociale et cognitive.» *Histoire de la justice*, vol. 2014/1, n°24, p. 115-126.
- S. Raoult**, «Récidive: trois ans après la conférence, pourquoi il n'y a toujours pas de consensus ?» *AJ Pénal*, 2016, p.25 et 26.
- M. Van de Kerchove**, «La vérité judiciaire.» *Sens-dessous*, 2014, n°14, p. 51 à 46.

B - ARTICLES DE DOCTRINE

- J. Faget**, «La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des asservissements et des émancipations.» vol. V, 2008.
- P. Maciocchi**, «Gip Como: le neuroscienze entrano e vincono in tribunale»20/05/2011.

C - ARTICLE DE JOURNAL

B. English, T. Mussweiler, «Sentencing under uncertainty: anchoring effects in the courtroom.» *Journal of applied social psychology*, 2001, 31.

III - SOURCES LÉGISLATIVES

Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal.

Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, art. 18.

Loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale

Loi n°2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Loi n°2021-478 du 21 avril 2021, art 9.

Proposition de loi visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace, n°48, session ordinaire du Sénat de 2019-2020.

IV - TRAVAUX UNIVERSITAIRES

G-M. Gkotsi, *Les neurosciences au Tribunal: de la responsabilité à la dangerosité*. Thèse, 2015.

O-D. Jones, *Seven ways neuroscience aids law, Neurosciences and the human person: new perspectives on human activities*. Vanderbilt University - Law School & Dept. of Biological Sciences 2013, p.181 à 194.

V. Schmit, *Sentencing. La détermination de la peine par le juge*. Mémoire, 2016.

V - DÉCISIONS DE JUSTICE

Cons. const., déc. n°96-373 DC, JO, 13 avril, p. 5724; AJDA, 1996, p. 371.

Cons. const., déc. n°2005-520 DC du 22 juillet 2005.

C. cass. Ch. crim. 14 oct. 2020, n°20-83.273.

VI - COLLOQUE ET PODCAST

Neurosciences et pratiques judiciaires, Actes du colloque pluridisciplinaire du 18 et 19 mai 2021, juin 2021, p.5.

A. Garapon, Esprit de Justice, «Faut-il croire aux aveux?», podcast, 26 janv. 2022.

VIII - AUTRES

Commission Bronner, *Les lumières à l'ère numérique*, rapport de la commission de janvier 2022.

Etats généraux du numérique, synthèse de la consultation, mai 2020, p. 287.

B. Jeulin, *Dark pattern: comment le droit se saisit-il de l'exploitation de nos biais cognitifs?* Village de la justice, 26 août 2021.

B. Jeulin, *Enseignement de l'esprit critique, contrôle des algorithmes et publicité ciblée: les pistes du rapport Bronner*. Village de la justice, 4 mars 2022.

Service public, *Juré d'assises*, site officiel de l'administration française.

Université Paris Saclay, *Biais de confirmation: nous croyons ce que nous voulons croire*, 2017.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements

Liste des abréviations

Sommaire

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE - LES BIAIS COGNITIFS DANS LE PROCESSUS DE DÉCISION JUDICIAIRE 12

CHAPITRE 1 - LE PROCÈS PÉNAL SOUS L'ANGLE DES BIAIS COGNITIFS DES JUGES 12

Section 1 - L'influence des biais cognitifs sur la détermination de la culpabilité 12

Paragraphe 1 - La recherche de la vérité confrontée aux biais cognitifs 12

A- L'impact de l'inférence arbitraire 13

B - Un attracteur cognitif dû aux conditions de travail des juges 15

Paragraphe 2 - L'intime conviction confrontée aux biais cognitifs 18

A - L'effet des biais cognitifs sur la construction de l'intime conviction 19

B- L'effet des biais cognitifs sur le renforcement de la conviction du juge 22

Section 2 - L'influence des biais cognitifs sur la détermination de la peine 24

Paragraphe 1 - Le constat de la disparité des peines 25

A- La disparité des peines expliquée par le principe d'individualisation des peines 25

B- La disparité des peines expliquée par l'étude du sentencing 27

Paragraphe 2 - L'émergence de l'utilisation des neurosciences dans la décision judiciaire 30

A- Un argument d'autorité dans le procès 30

B - Un argument contribuant à la vérité judiciaire, scientifique et/ou factuelle 33

CHAPITRE 2- LE PROCÈS PÉNAL SOUS L'ANGLE DES BIAIS COGNITIFS DES AUTRES ACTEURS ET PARTIES AU PROCÈS PÉNAL 36

Section 1 - L'impact des experts 36

Paragraphe 1 - L'appréciation de la fiabilité de l'expertise de dangerosité 36

A - L'utilité sociale et juridique de l'expertise de dangerosité 36

B - Une évaluation scientifique ou intuitive 39

Paragraphe 2 - Les limites cognitives attachées à l'expertise 40

A - Une mission de prédiction de la dangerosité criminologique 41

B- Des corrélations illusoirs contribuant à la robustesse des idées préconçues	43
Section 2 - L'impact des enquêteurs	46
Paragraphe 1 - L'orientation du témoignage au stade de l'enquête	46
A - Les conditions du recueil et d'orientation du témoignage	46
B - Les conditions de la procédure d'identification de l'auteur	49
Paragraphe 2 - L'impact du témoignage au stade du procès pénal	50
A - L'effet de la narration du témoignage	51
B - L'effet relatif à l'ordre de présentation des témoignages	52
<u>SECONDE PARTIE - LES CONSÉQUENCES DES BIAIS COGNITIFS SUR LES DÉCISIONS JUDICIAIRES ET LES PRINCIPES JURIDIQUES</u>	55
<u>CHAPITRE 1 - L'INFLUENCE EXERCÉE AU MOYEN DES BIAIS COGNITIFS DES JUGES</u>	55
Section 1 - L'incidence de l'avocat et des parties sur les biais cognitifs des juges	55
Paragraphe 1 - L'incarnation du rôle de l'avocat et de l'expert	55
A - L'impact du comportement de l'avocat	56
B - L'impact du comportement de l'expert	57
Paragraphe 2 - L'incarnation des rôles de la victime et du prévenu	60
A - La déterminante première impression	60
B - Les conséquences de la reconnaissance ou de la contestation de sa responsabilité	62
Section 2 - L'impulsion des biais cognitifs des juges par le parquet	64
Paragraphe 1 - Le retentissement du réquisitoire du ministère public sur la formation de biais cognitifs chez les juges	64
A - Le pouvoir de la peine requise : l'effet d'ancrage	64
B - L'erreur du calcul des probabilités : le biais de probabilité inversée	67
Paragraphe 2 - Une variabilité de l'impact selon le juge	69
A - Un réel impact sur les jurés en matière criminelle	69
B - Un impact relatif sur les juges professionnels	70
<u>CHAPITRE 2 - LE PRINCIPE D'IMPARTIALITÉ DU JUGE ET LES LIMITES AUX BIAIS COGNITIFS</u>	72
Section 1 - Un principe d'impartialité garant du procès pénal	72
Paragraphe 1 - L'éviction des biais cognitifs dans l'acceptation d'impartialité	72
A - L'impartialité reposant sur un traitement égalitaire et objectif des éléments de preuve	73
B - L'importance de la représentation rationnelle du droit	75
Paragraphe 2 - La garantie d'une certaine stabilité juridique	77
A - La nécessité d'une prévisibilité des décisions	77
B - Les limites au pouvoir d'appréciation souveraine du juge	79

Section 2 - Le maintien d'une cohabitation entre deux notions divergentes : l'intime conviction et l'impartialité du juge	81
Paragraphe 1 - La subjectivité au coeur de l'intime conviction	81
A - La liberté d'appréciation des modes de preuve	81
B - La construction de l'intime conviction en amont du procès pénal	84
Paragraphe 2 - L'objectivité au cœur de l'impartialité	87
A - L'absence d'opinion préconçue ou de préjugement confrontée à lecture des dossiers	87
B - La confrontation entre l'impartialité et l'intuition émotionnelle : l'heuristique d'affect	90
CONCLUSION	93
Bibliographie	98
Table des matières	103