

## L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire

par Julien Goldszlagier

Julien Goldszlagier, Magistrat.

Étayée sur des travaux récents en psychologie cognitive, essentiellement américains, l'analyse qui suit présente « l'effet d'ancrage » et la façon dont il peut affecter la décision du magistrat répressif. Mais elle s'intéresse également aux conditions dans lesquelles le juge peut résister à cet effet qui interroge à la fois les principes fondamentaux de la procédure pénale et de la déontologie judiciaire, ce qui est largement discuté par un magistrat du siège (Alain Blanc) et un avocat (Jean-Luc Rivoire).

*Backed up by recent studies in cognitive psychology, this analysis presents the « anchoring effect » and the way in which it can affect the decisions of criminal court judges. It also looks into the ways in which the judge can resist this effect which raises issues not only for the fundamental principles of criminal procedure, but also for judicial ethics, as extensively discussed by a judge (Alain Blanc) and a lawyer (Jean-Luc Rivoire).*

**L**a procédure pénale de droit français<sup>1</sup>, qui tient pour un avantage le bénéfice du dernier mot, a pris soin de gratifier la défense du privilège de l'ultime parole. Cette règle, qui trouve une expression dans la loi<sup>2</sup>, constitue un principe général du droit, applicable hors même les dispositions

des textes<sup>3</sup>, et ce à peine de nullité<sup>4</sup>. « Parce que l'ordre de parole constitue l'une des applications de la présomption d'innocence devant le juge répressif, il fait non seulement partie des droits de la défense, mais il en est le cœur, le noyau dur, l'expression la plus accomplie, la moins négociable », explique Madame l'Avocat général Commaret<sup>5</sup>.

1. Il est notable que, dans les règles de procédure criminelle américaines, l'accusation dispose de la possibilité de présenter au juge une réplique (*rebuttal argument*) à la plaidoirie (*closing argument*) de la défense, sans que cette dernière puisse exiger de clore les débats.

2. Au sein des articles 460 et 513 du code de procédure pénale, pour la procédure fixant l'ordre de parole en matière correctionnelle, et de l'article 346 du même code devant la cour d'assises. La Cour de cassation ainsi déduit de ce dernier texte que « l'accusé ou son avocat auront toujours la parole les derniers ;

que cette règle générale et fondamentale domine tous les débats et s'applique lors de tout incident contentieux intéressant la défense qui est réglé par un arrêt », Crim. 25 nov. 1998, n° 98-81.273, *Bull.*, n° 316.

3. Crim. 16 janv. 1996, n° 95-80.404, *Bull.*, n° 23, et Crim. 31 janv. 1996, n° 94-85.326, *Bull.*, n° 58, s'agissant de la procédure applicable en matière de relèvement d'interdiction ou d'incapacité.

4. Crim. 14 déc. 1989, *Bull.*, n° 482.

**Dossier** L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire

Une telle règle trouve ainsi sa raison tout à la fois dans la présomption d'innocence<sup>6</sup> et le principe du contradictoire. S'il appartient en effet à l'accusation d'emporter la conviction du juge, il suffit à la défense de faire naître le doute, et donc d'affaiblir l'idée qu'a pu se former le juge de la culpabilité du prévenu ou la peine qu'il devrait subir à la suite des réquisitions du ministère public. Une telle logique veut ainsi que la défense puisse répliquer à tout argument soulevé par la partie poursuivante et trouve sa raison dans le présupposé psychologique selon lequel l'esprit du juge se trouve plus sensible à l'argumentation qui lui a été présentée en dernier.

Ainsi, pour Martine Herzog-Evans, « l'idée qui fonde cette règle est que la personne s'exprimant en dernier lieu a le plus de chances de faire impression sur les juges, qui en conserveront un souvenir plus frais. Il peut aussi être invoqué *a minima* qu'elle fournit là l'espoir d'un rééquilibrage face à l'inévitable

solidarité de corps qui lie les juges du siège à ceux du parquet. Il est donc particulièrement nécessaire que ces derniers s'expriment avant la défense »<sup>7</sup>. Et Jean Pradel ajoute : « avoir la parole le dernier c'est un peu avoir raison aux yeux de certaines personnes. Le pénaliste, ici, s'est fait psychologue »<sup>8</sup>.

La psychologie, cependant, ne confirme pas un tel présupposé. Les recherches conduites en matière de psychologie cognitive suggèrent au contraire que l'ordre de parole en matière pénale pourrait constituer, en l'état de la procédure, un handicap pour la défense<sup>9</sup>. Une telle idée repose sur l'hypothèse réaliste<sup>10</sup> selon laquelle la décision judiciaire est l'œuvre d'êtres humains dont l'esprit est sensible à l'environnement et le jugement susceptible de connaître des distorsions<sup>11</sup>. Or, si la procédure et les pratiques judiciaires françaises font désormais une large place à la psychologie<sup>12</sup>, c'est pour la contribution que celle-ci peut apporter à la connaissance du justiciable<sup>13</sup>. En revanche,

5. D.-N. Commaret, note sous Crim. 7 juill. 2005, RSC 2005. 869.

6. Et la règle de faveur faite à la défense *in dubio pro reo*.

7. Note sous Crim. 3 mai 2007 ; *AJ pénal*, 2007, 446.

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

9. Notamment, B. Englich, T. Mussweiler, « Sentencing under uncertainty: Anchoring effects in the courtroom », *Journal of Applied Social Psychology*, 2001, 31, pp. 1535-1551 ; B. Englich, T. Mussweiler et F. Strack, « The Last Word in Court – A Hidden Disadvantage for the Defense », *Law and Human Behavior*, 2005, 29, pp. 705-22 ; « Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making », *Personality and Social Psychology Bulletin*, 2006, 32, pp. 188-200. B. Englich, « Blind or Biased? Justitia's Susceptibility to Anchoring Effects in the Courtroom Based on Given Numerical Representations », *Law & Policy*, oct. 2006, vol. 28, n° 4. Et en langue française, B. Geyres, *Biais d'ancrage et ajustement sur les décisions judiciaires: effet de l'expertise*, thèse Toulouse 2009, sous la direction de J. Py.

10. Au sens de l'école réaliste américaine qui considère la psychologie du juge dans la décision. Voy. par exemple F. Michaut, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *Revue internationale de droit comparé*, avr.-juin 1987, vol. 39, n° 2, pp. 343-371, et spec., p. 347 et s.

11. C. Guthrie, J.-J. Rachlinski et A.-J. Wistrich, « Inside the Judicial Mind », *Cornell Law Review*, mai 2001, vol. 86, n° 4.

12. À ce point que le recours à l'expert psychologue est désormais obligatoire avant tout jugement dans les matières relevant de l'article 706-47 du code de procédure pénale, ainsi que, pour les majeurs protégés, aux termes de l'article 706-115 du code de procédure pénale. Il en va de même en matière d'application des peines pour les condamnés sur le fondement d'une infraction figurant à l'article 706-47 du CPP.

13. Et pour l'essentiel, il s'agit d'une méthode clinique qui privilégie une approche thérapeutique inspirée de la démarche médicale. En revanche, la méthode expérimentale, qui fonde les approches comportementales ou cognitivistes, apparaît susciter moins d'intérêt (voire une franche suspicion lorsqu'il s'agit de

s'agissant du fonctionnement des acteurs de la procédure eux-mêmes, les ressources de la psychologie sociale et cognitive n'ont été à ce jour que maigrement exploitées<sup>14</sup>.

Une telle connaissance permettrait cependant d'enrichir les pratiques judiciaires et de questionner la pertinence de la mise en œuvre de certains principes, notamment lorsqu'ils trouvent leur fondement dans un présupposé relatif à la psychologie du juge<sup>15</sup>. La présente étude se propose ainsi d'illustrer l'intérêt d'une telle perspective en faisant état des travaux menés sur l'effet dit « d'ancrage » et son influence sur la décision judiciaire.

L'effet ou « biais d'ancrage » veut que l'esprit humain ait tendance à cheviller son jugement à la première information dont il a pu disposer (l'ancre) lorsqu'il prend une décision dans un contexte d'incertitude. Transposée à la décision judiciaire et aux principes qui la gouvernent, une telle mécanique apparaît hautement subversive. Elle contrarie en effet l'idée que l'on peut nourrir sur l'impartialité du juge, qui doit examiner d'un œil égal les arguments des parties, sur l'efficacité des garanties procédurales, telles que l'ordre

de parole, et sur l'équilibre de la procédure pénale, qui ne doit pas s'établir au détriment de la personne mise en cause.

**« L'effet ou "biais d'ancrage" veut que l'esprit humain ait tendance à cheviller son jugement à la première information dont il a pu disposer (l'ancre) lorsqu'il prend une décision dans un contexte d'incertitude. »**

Dans une première partie sera présenté l'effet d'ancrage ; on indiquera la façon dont il peut affecter la décision du juge répressif et on en mesurera la robustesse. Dans une seconde, on s'intéressera aux conditions dans lesquelles le juge peut résister à l'effet d'ancrage, tant à l'égard des garanties de procédure qu'à celui de circonstances plus informelles.

## L'ancrage de la décision du juge répressif

On doit à Daniel Kahneman<sup>16</sup> et Amos Tversky<sup>17</sup> les recherches séminales sur « les heuristiques de jugement » et les « biais » qui les accompagnent. Ils ont montré que face à

faire application de méthodes actuarielles. Voy. M. Herzog-Evans, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ pénal*, 2012 p. 75).

14. V. cependant J.-M. Baudouin, « La collégialité est-elle une garantie de la sûreté des jugements ? », *RTD civ.*, 1992, p. 532, qui a conduit au sein de l'École nationale de la magistrature une étude de psychologie appliquée, et ne manque pas de renvoyer à des textes de psychologie sociale.

15. Y compris des justiciables eux-mêmes. La psychologie hédoniste apporte ainsi de stimulantes réflexions sur la fonction dissuasive de la peine ou sur l'appréciation du dommage subi par une victime. V. par exemple, sur le caractère contestable de l'effet dissuasif des longues peines, P. H. Robinson, J. H. Darley, « Does Criminal Law Deter? A Behavioral Science Investigation », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, vol. 24, n° 2,

p.187. Et sur l'appréciation du dommage lié au préjudice d'agrément, C. R. Sunstein, *Illusory Losses* (July 2007), Univ. of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper n° 340 ; Univ. of Chicago, Public Law Working Paper, n° 164.

16. L'auteur, prix Nobel d'économie 2002, a récemment proposé une synthèse de ses très riches travaux dans un ouvrage de vulgarisation fort stimulant. D. Kahneman, *Système 1 / Système 2 : Les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, coll. « Essais », 2012.

17. A. Tversky, D. Kahneman, « Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases », *Science*, 1974, 185, pp. 1124-1131 ; D. Kahneman, A. Tversky, « Subjective probability: A judgment of representativeness », *Cognitive Psychology*, 1972, 3, pp. 430-454 ; « On the psychology of prediction », *Psychological Review*, 1973, 80, pp. 237-251.

**Dossier** L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire

une situation d'incertitude<sup>18</sup>, dans laquelle l'information est difficile d'accès ou malaisée à traiter, l'esprit humain procède le plus souvent par un raisonnement simplifié, et ce alors même que le traitement desdites situations exigerait une démarche de réflexion plus aboutie. Or, observent Kahneman et Tversky, les opérations de simplification (ou « heuristiques »<sup>19</sup>) recèlent des « biais cognitifs » susceptibles de provoquer la distorsion du jugement effectué et d'affecter par conséquent la qualité de la décision prise.

Parmi ces biais, l'effet « d'ancrage » veut qu'un jugement soit fortement *influencé* par l'exposition préalable de celui qui juge à une « valeur de référence », laquelle agit comme une « ancre » pour l'esprit humain. L'effet d'ancrage constitue ainsi un biais cognitif auquel sont sujets les acteurs de la procédure pénale, et particulièrement le juge. Or, ce biais se révèle particulièrement efficace et robuste.

### **L'effet d'ancrage dans la procédure pénale**

L'idée qui préside à la mécanique de l'ancrage est que les individus, lorsqu'ils doivent procéder à une évaluation quantitative<sup>20</sup> dans un contexte d'incertitude, procèdent selon une démarche « d'ajustement » à partir d'une « valeur initiale ». Cepen-

dant, soulignent Kahneman et Tversky, le plus souvent, l'ajustement réalisé par l'individu est insuffisant, de sorte que son jugement est fortement conditionné par la valeur initiale. On désigne cette valeur initiale comme une « ancre » car elle retient – et biaise – le jugement des individus. Appliqué à la matière judiciaire, ce modèle suggère que le juge répressif, lorsqu'il se prononce sur le *quantum* d'une peine, est sujet à l'effet d'ancrage résultant de la proposition de peine faite par le ministère public dans ses réquisitions.

### **Le biais cognitif de l'ancrage**

Dans leur étude originelle, Kahneman et Tversky ont observé<sup>21</sup> que, lorsque l'on demande à des sujets d'évaluer le pourcentage des pays d'Afrique au sein de l'ONU, les résultats diffèrent en fonction de l'exposition de ces derniers à un nombre parfaitement arbitraire. Lors de l'expérience qu'ils ont conduite, des sujets devaient faire tourner une roue truquée de telle façon qu'elle s'arrêtât sur les seuls nombres « 10 » et « 65 ». Les sujets étaient alors invités à déterminer si le pourcentage demandé était supérieur ou inférieur au nombre obtenu, puis à proposer leur propre évaluation. Très significativement, ceux qui avaient obtenu le nombre « 10 » proposèrent une évaluation moyenne de

**18.** À la suite d'H. Simon, prix Nobel d'économie 1978. L'article fondateur « A Behavioral Model of Rational Choice », *The Quarterly Journal of Economics*, fév. 1955, vol. 69, n° 1, pp. 99-118, utilise la notion de « rationalité limitée » (« *bounded rationality* »).

**19.** Du grec, εὐρίσκω « je trouve », désignant pour la psychologie cognitive des techniques empiriques de résolution de problème et de recherche. Basées sur l'expérience du sujet,

ces techniques sont susceptibles d'être affectées par les biais cognitifs.

**20.** L'effet d'ancrage, qui procède d'une mécanique d'association, peut jouer de façon qualitative. Cependant, en l'état de la recherche, les résultats les plus significatifs ont été obtenus lors de jugements de nature quantitative.

**21.** *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, op. cit., p. 1128.

« 25 % », quand ceux qui avaient obtenu le nombre « 65 » proposaient une évaluation moyenne de « 45 % ». De tels résultats montrent tout à la fois la force de l'effet d'ancrage et celle de l'insuffisance de l'ajustement<sup>22</sup>. Ils montrent également que l'effet d'ancrage ne repose pas sur la valeur informative de l'ancre. En effet, il n'existe aucun rapport entre le nombre donné par une roue de la fortune et le pourcentage de pays africains au sein de l'ONU, si ce n'est le caractère numérique des informations<sup>23</sup>. L'ancrage apparaît donc comme une mécanique autonome de l'esprit humain qui utilise n'importe quelle ancre à disposition, même si celle-ci ne présente aucun lien nécessaire, ni ne donne aucune information pertinente sur l'objet de l'évaluation<sup>24</sup>.

L'effet d'ancrage a fait l'objet de nombreuses expériences concluantes dans des domaines aussi variés que la perception des risques, l'estimation de la valeur d'un bien immobilier<sup>25</sup> ou la négociation d'un prix. Il a

**« Il a ainsi été montré que le fait de formuler une offre initiale constitue un avantage décisif lors de la négociation, en raison de l'effet d'ancrage de la première offre énoncée. »**

ainsi été montré que le fait de formuler une offre initiale constitue un avantage décisif lors de la négociation, en raison de l'effet d'ancrage de la première offre énoncée<sup>26</sup>.

Une proposition d'explication des heuristiques et biais cognitifs s'appuie sur une conception dualiste de la mécanique cognitive humaine<sup>27</sup>. Selon la théorie du « double processus », l'esprit fonctionne selon deux modes. Selon le premier mode, dit « système automatique »<sup>28</sup>, l'esprit traite l'information de façon spontanée, immédiate et sans contrôle. Ce mode primitif est le siège de la mécanique d'association, des intuitions et des biais cognitifs. Selon un second mode, dit « système réflexif »<sup>29</sup>, l'esprit humain recourt à l'analyse et à la rationalité. Mû par la conscience, il s'appuie sur l'attention et le

22. En 1973, l'ONU comptait 138 membres, dont 44 États issus du continent africain, soit un pourcentage de 32 %.

23. Comme on le verra, des magistrats placés dans des conditions analogues sont également sensibles à l'effet d'ancrage d'un nombre arbitraire.

24. Des travaux ultérieurs ont cependant montré que, lorsque les conditions de l'expérience ne permettaient pas d'établir un lien entre l'ancre et la cible du jugement – comme le font Kahneman et Tversky lorsqu'ils invitent les sujets à se déterminer sur le rapport (supérieur ou inférieur) entre pourcentage recherché et l'ancre obtenue –, les effets de l'ancrage sont plus fragiles. V. N. T. Brewer et G. B. Chapman, « The fragile effect of the basic anchoring effect », *Journal of Behavioral Decision Making*, 2002, 15, pp. 65-77.

25. G. B. Northcraft, M. A. Neale, « Experts, amateurs, and real estate: An anchoring-and-adjustment perspective on property pricing decisions », *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1987, 39, pp. 84-97. Les auteurs ont soumis des agents immobiliers à une expérience visant à déterminer dans quelle mesure ces derniers étaient affectés par l'effet d'ancrage d'un prix de vente affiché, laquelle démontre que ces profes-

sionnels, pourtant bénéficiaires d'une expertise dans leur domaine, ne sont pas immunisés contre l'effet d'ancrage.

26. A. Galansky, D. Mussweiler, « First offers as anchors: the role of perspective-taking and negotiator focus », *Journal of personality and social psychology*, oct. 2001, 81(4), pp. 657-69. En effet, une contre-proposition éventuelle se trouve ancrée par l'offre initiale. La même étude, qui propose des stratégies de lutte contre l'effet d'ancrage, démontre également la puissance de l'ancrage et la difficulté d'y résister, en particulier parce que les sujets du biais d'ancrage n'ont que très peu conscience de le subir, selon D. Kahneman, *Système 1...*, *op. cit.*

27. S. B. Jonathan, K. E. Stanovich, « Dual-Process Theories of Higher Cognition: Advancing the Debate », *Perspectives on Psychological Science*, 2013, 8, p. 223.

28. Selon la terminologie employée par R. H. Thaler et C. wR. Sunstein, in *Nudge, La méthode douce pour inspirer la bonne décision*, Paris, Pocket, 2010, p. 46 et s. Pour D. Kahneman, il s'agit du « système 1 ».

29. Selon la terminologie employée par R. H. Thaler et C. R. Sunstein, in *Nudge, op. cit., eod. loc.* Pour D. Kahneman, il s'agit du « système 2 ».

**Dossier** L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire

contrôle de soi. Il suppose par conséquent l'effort<sup>30</sup>. Or, la répartition des tâches entre les deux systèmes repose sur une économie de moyens. Le mode automatique, qui fonctionne en tâche de fond, est mis en œuvre par défaut. Le mode réflexif, plus lent et coûteux en énergie, n'est stimulé que subsidiairement et dans les limites des ressources disponibles; ce que Kahneman appelle la « paresse du système 2 »<sup>31</sup>.

Le biais d'ancrage associe la force du système automatique et la faiblesse du système réflexif. En effet, l'ancre opère, par suggestion, comme un « amorçage positif »<sup>32</sup>. Lors du processus cognitif, l'esprit utilise l'ancre à laquelle il a été exposé pour « faciliter » l'opération en cours. Ainsi, la mémoire recherche et sélectionne parmi les informations à sa disposition celles qui lui paraissent cohérentes avec la tâche qui lui est assignée<sup>33</sup>. Par exemple, à la recherche d'un pourcentage (de pays africains de l'ONU), la mémoire associe une autre valeur numérique, obtenue récemment par tirage au sort. Pour établir l'offre d'achat d'une maison, la mémoire s'en

réfère au prix de vente affiché devant cette même maison.

L'ancrage ressortit donc au fonctionnement de la mémoire associative et par conséquent du système automatique de la pensée. L'ajustement, en revanche, parce qu'il s'agit d'une « tentative délibérée de trouver des raisons de s'éloigner de l'ancre »<sup>34</sup>, relève du système réflexif. Le principe de paresse cognitive explique ainsi que l'effet d'ancrage prime le plus souvent l'effort d'ajustement.

### **De l'ancrage des décisions du juge répressif par les réquisitions du ministère public**

Le procès pénal constitue un contexte d'incertitude propice à la vérification des hypothèses de la psychologie cognitive, et en particulier de l'effet d'ancrage. En effet, dans les limites de la loi, le juge est souverain quant à l'appréciation de la culpabilité du mis en cause, comme de la peine qui doit lui être infligée<sup>35</sup>. C'est cette souveraineté même qui fait naître l'incertitude

30. De fait, il a été constaté que la mise en œuvre du système réflexif était coûteuse en énergie, de sorte que l'attention et le contrôle de soi constituaient des ressources rares. Ainsi, on observe que la consommation de glucose par l'organisme augmente lors de la mise en œuvre du système réflexif, de même que la fatigue liée au manque de glucose dans l'organisme limite les possibilités de mobilisation du système réflexif, favorisant le recours au système automatique, aux heuristiques, et par conséquent aux biais cognitifs. V. par exemple R. F. Baumeister, C. N. Dwall, N. J. Ciarocco, J. M. Twenge, « Social Exclusion Impairs Self-Regulation », *Journal of Personality and Social Psychology*, 2005, 88 (4), pp. 589-604; M. T. Gailliot, R. F. Baumeister, C. N. Dwall, J. K. Maner, E. A. Plant, D. M. Tice, B. J. Brewer, B. J. Schmeichel, « Self-control relies on glucose as a limited energy source: Willpower is more than a metaphor », *Journal of Personality and Social Psychology*, 2007, 92 (2), pp. 325-336.

31. D. Kahneman, *Système 1...*, op. cit., pp. 57-60.

32. Sur l'effet d'amorçage, appliqué à l'ancrage, v. D. Kahneman, *Système 1...*, op. cit.; O. Houdé, *Le raisonnement*, Paris, PUF, QSJ, 2014, chap. III.

33. Selon un principe d'accessibilité sélective (« selective accessibility »), T. Mussweiler, B. Englich, F. Strack, « Anchoring effect », in R. Pohl (Ed.), *Cognitive illusions: A handbook of fallacies and biases in thinking, judgement, and memory*, London (UK), Psychology Press, 2004, pp. 183-200. Cependant, les auteurs estiment que le processus d'association ne se limite pas à la dimension numérique de l'ancre.

34. D. Kahneman, *Système 1...*, op. cit.

35. Il convient de distinguer la question de la culpabilité de celle de la peine. Le jugement de culpabilité ne suppose pas d'évaluation quantitative. Sans doute est-il sujet à des biais cognitifs, mais ils sont moins aisément observables et mesurables. En revanche, le jugement sur la peine présente des conditions similaires à celles qui ont fait l'objet des principales expériences menées par les programmes de recherche de psychologie cognitive.

(quelle peine prononcer ?) car, dans le cadre des prévisions de la loi, les solutions sont abondantes et les directives imprécises. Lors du prononcé de la peine, par ailleurs, le juge se détermine non seulement sur la nature de la peine mais également sur son *quantum*<sup>36</sup>, lequel fait l'objet d'une évaluation. Il s'ensuit que la décision du juge sur la peine est susceptible de subir un effet d'ancrage.

Des travaux de psychologie cognitive ont confirmé cette hypothèse<sup>37</sup>. Englich et Mussweiler ont ainsi constaté une proximité entre les réquisitions du ministère public et la décision finale du juge : ils ont soumis le même dossier fictif à une vingtaine de jeunes juges<sup>38</sup> en les exposant, pour la moitié d'entre eux à des réquisitions de « 2 » mois d'emprisonnement et pour l'autre moitié de « 34 » mois d'emprisonnement. Invités à se prononcer sur la pertinence des réquisitions (trop basses, adéquates, trop hautes), les sujets devaient indiquer la peine qu'ils auraient prononcée. Ceux qui avaient été exposés à l'ancre basse (« 2 ») prononcèrent en moyenne une peine de « 18,78 » mois contre « 28,70 » mois pour ceux qui avaient été exposés à l'ancre haute

(« 34 »), soit une différence de plus de dix mois<sup>39</sup>.

Pour isoler l'effet d'ancrage des réquisitions d'autres facteurs contextuels, ils ont modifié les conditions de l'expérience. S'agissant, tout d'abord, de l'influence éventuelle d'un procureur aguerri sur de jeunes magistrats, Englich et Mussweiler ont proposé à leurs sujets de statuer sur des réquisitions d'un étudiant en informatique, explicitement présenté comme dépourvu de toute expérience en matière juridique. S'agissant ensuite de l'éventuelle influençabilité des magistrats liée à leur inexpérience, les mêmes réquisitions de l'étudiant en informatique ont été soumises à un échantillon de juges bénéficiant de longues années de pratique. Dans l'un et l'autre cas, les sujets subirent l'effet d'ancrage des réquisitions, alors même qu'elles n'étaient pas jugées pertinentes du fait de l'incompétence de l'auteur des réquisitions<sup>40</sup>. Outre la confirmation de la sensibilité des juges à l'effet d'ancrage, cette étude a permis de montrer que ce biais cognitif persistait indépendamment de l'expérience des juges et de la pertinence des réquisitions, à l'instar de la première expérience de Kahneman et Tversky.

**36.** Le *quantum* peut se concerner une durée, un délai ou un montant. En réalité, seule la peine de confiscation paraît échapper, dans son prononcé, à l'énoncé d'un *quantum*.

**37.** B. Englich, T. Mussweiler, *Sentencing under uncertainty...*, *op. cit.* ; B. Englich, T. Mussweiler, F. Strack, *The Last Word in Court...*, *op. cit.* ; *Playing Dice with Criminal Sentences...*, *op. cit.* ; B. Englich, *Blind or Biased?...*, *op. cit.*

**38.** Si un tel échantillon est insuffisamment étendu pour écarter significativement le risque probabiliste de non représentativité, l'étude a été corroborée par des travaux subséquents qui permettent de renforcer sa pertinence.

**39.** *Sentencing under uncertainty...*, *op. cit.*, p. 1540. Pour apprécier l'effet d'ancrage, il ne faut pas avoir égard à la différence entre le *quantum* des réquisitions et le *quantum* de la peine prononcée qui peut apparaître, s'agissant en particulier de l'ancre basse, notablement élevé (« 18,78 » contre « 2 ») mais de la différence entre les moyennes respectives des peines prononcées qui se révèlent bien dépendre des réquisitions initiales, même si celles-ci ont fait l'objet d'un ajustement plus ou moins important.

**40.** *Sentencing under uncertainty...*, *op. cit.*, pp. 1542-1546. Cependant, les juges les plus expérimentés prononçaient des peines plus importantes et se disaient plus sûrs de leur décision.



**Dossier** L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire

En 2006, Englich, Mussweiler et Strack ont confirmé leurs expériences précédentes de façons spectaculaire et troublante<sup>41</sup>. À nouveau, ils ont présenté un dossier à un échantillon de jeunes magistrats. Ces derniers étaient encore invités à se prononcer sur la pertinence des réquisitions du ministère public. Cependant, il leur était demandé de déterminer eux-mêmes le *quantum* desdites réquisitions grâce à un jet de dé. Celui-ci était truqué de façon à retourner les seules valeurs de « 3 » et « 9 ». La moyenne des décisions de ceux des magistrats qui avaient tiré le « 3 » s'établit à « 5,28 » mois, quand la moyenne de leurs collègues qui avaient tiré le « 9 » atteignait « 7,81 » mois<sup>42</sup>. Autrement dit, l'effet d'ancrage des réquisitions joue alors même que les juges ont pu prendre conscience du caractère arbitraire du *quantum* demandé.

Si ces études permettent de montrer que la décision du juge peut subir un biais d'ancrage aux réquisitions du ministère public, elles ne suffisent cependant pas à en apprécier l'efficacité dans les conditions de l'audience correctionnelle<sup>43</sup>. Il convient notamment de vérifier si l'exercice des droits par la défense ou la collégialité du délibéré n'ont pas un effet modérateur sur les biais cognitifs subis par le juge. Pour cela, elles doivent lutter contre un effet d'ancrage remarquablement robuste.

41. B. Englich, T. Mussweiler, F. Strack, *Playing Dice with Criminal Sentences...*, *op. cit.*

42. *Playing Dice with Criminal Sentences*, *op. cit.*, p. 194.

43. Ou de l'audience criminelle ou de police, avec leurs spécificités.

### La robustesse de l'ancrage

On a vu que l'ancrage résultait du mode automatique de la pensée, alors que l'ajustement, qui constitue un exercice de résistance, suppose de mettre en œuvre de façon consciente des mécanismes mentaux qui exigent l'effort. De là, l'effet d'ancrage se révèle le plus souvent suffisamment robuste pour faire échec aux tentatives de correction qui peuvent lui être apportées.

Lors de leur étude sur la sensibilité des juges à des ancrs arbitraires, Englich, Mussweiler et Strack ont proposé une dernière expérience des plus stimulantes. Selon le protocole initial de l'étude du cas suivi d'un jet de dé, ils ont soumis un échantillon de magistrats à une série d'arguments « en faveur » (responsabilité atténuée, insignifiance du préjudice, volonté de se soumettre à un traitement médical) ou « en défaveur » (condamnations précédentes, violation des obligations du sursis, fréquence des infractions commises) du mis en cause. Les résultats ont permis d'établir que ceux qui avaient été exposés au jet de dé « le plus élevé » étaient plus sensibles aux arguments défavorables au mis en cause, tandis que ceux qui avaient été exposés au jet de dé « le plus bas » demeuraient sensibles aux arguments qui lui étaient favorables<sup>44</sup>.

Cette dernière étude suggère que l'ancrage conduit le juge à sélectionner les arguments qui renforcent la cohérence de l'ancre à

44. *Playing Dice with Criminal Sentences*, *op. cit.*, pp. 195-196. La sensibilité était mesurée suivant le temps de réaction nécessaire aux participants pour identifier le caractère favorable ou défavorable de l'argument qui leur était soumis.



laquelle il a été exposé, rendant d'autant plus ardu l'effort d'ajustement <sup>45</sup>. Autrement dit, après avoir entendu des réquisitions, le juge oriente son esprit dans le sens de l'ancre, de telle façon qu'il se rend de lui-même plus réceptif aux arguments qui défavorisent le mis en cause, et corrélativement plus rétif aux arguments qui, comme ceux de la défense, le favorisent. Une telle étude montre non seulement combien difficile est la tâche de la défense mais surtout combien difficile est pour le juge lui-même la lutte qu'il doit mener pour l'impartialité, dès lors que son esprit le pousse dans le sens des réquisitions du ministère public.

Au reste, le combat inégal du jugement heuristique contre la rationalité consciente se double de la faiblesse de cette dernière, en raison du « coût » de la mobilisation du système réflexif. Des travaux ont ainsi établi que les juges étaient d'autant plus sensibles aux biais cognitifs qu'ils étaient sujets à la fatigue <sup>46</sup>. L'étude a porté sur plus de mille décisions rendues par huit juges israéliens chargés de statuer sur des requêtes en aménagement de peine <sup>47</sup>. Lors de l'audience, le juge statuait sur 14 à 35 cas dont il n'avait pas eu connaissance préalablement <sup>48</sup>. De

façon très significative, la tendance à faire droit à la requête diminuait à mesure qu'avancait l'audience, et ce quelle que soit la nature de la demande. Ainsi, en début d'audience, le requérant bénéficiait de 65 % de chance en moyenne de voir sa demande acceptée. En fin d'audience, ce pourcentage tombait à 0, que la demande ait fait l'objet d'un rejet ou d'un renvoi. Plus significativement encore, le pourcentage remontait à 65 % après la pause du déjeuner, pour tomber à 0 % en fin de journée.

**« Cette dernière étude suggère que l'ancrage conduit le juge à sélectionner les arguments qui renforcent la cohérence de l'ancre à laquelle il a été exposé, rendant d'autant plus ardu l'effort d'ajustement. »**

Cette étude suggère deux choses : en premier lieu, et conformément à l'intuition ou l'expérience, la décision dépend de l'état de fatigue du juge <sup>49</sup>. En second lieu, le juge privilégie le *statu quo* lorsqu'il ressent l'effet de la fatigue. Or, la préférence pour le *statu quo* constitue un biais cognitif documenté <sup>50</sup>. Une telle conclusion est conforme à l'idée selon laquelle la mise en œuvre du système réflexif dépend des réserves d'énergie du

<sup>45</sup>. Selon le principe d'accessibilité sélective, T. Mussweiler, B. Englich, F. Strack, « Anchoring effect », in R. Pohl, *Cognitive illusions*, op. cit., p. 191 et. s.

<sup>46</sup>. S. Danziger, J. Levav, L. Avnaim-Pesso, « Extraneous factors in judicial decisions », *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2011, 108 (17), pp. 6889-6892.

<sup>47</sup>. Libération conditionnelle ou placement sous surveillance électronique, ainsi que modification des conditions de la mesure d'aménagement.

<sup>48</sup>. Le juge n'avait pas connaissance du dossier avant que rapport lui en soit fait par le greffier au cours de l'audience.

<sup>49</sup>. Les auteurs soulignent également le caractère répétitif des décisions, qui ont tendance à amoindrir la vigilance d'un sujet. À

cet égard, l'organisation de la commission de l'application des peines de l'article 712-5 du code de procédure pénale, notamment lorsqu'elle porte sur l'octroi de jours de réduction supplémentaire de peines, apparaît propice à l'efficacité des biais d'ancrage ; l'avis de l'administration constituant, en l'espèce, l'ancre.

<sup>50</sup>. D. Kahneman, J. L. Knetsch, R. H. Thaler, « Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias », *Journal of Economic Perspectives*, 1991, 5 (1), pp. 193-206. Le biais du *statu quo* donne également un support à l'intuition selon laquelle il est de l'intérêt de la défense du mis en cause que ce dernier ne comparaisse pas détenu.

**Dossier** L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire

sujet, et qu'à défaut c'est le système automatique qui est à l'œuvre. Il s'ensuit que la décision se trouve d'autant moins soumise aux biais cognitifs que le juge est alerte. Sans aller jusqu'à soutenir le caractère déontologique de la pause du déjeuner, une telle étude devrait inviter les acteurs judiciaires à prêter une attention plus soutenue à ce qui peut apparaître parfois, au vu des contraintes de fonctionnement de l'institution, comme une forme de contingence futile <sup>51</sup>.

À ce point, un lecteur raisonnablement avisé pourrait objecter que la seule conscience de l'effet d'ancrage devrait suffire à en prévenir l'influence, de sorte qu'un léger effort permettrait au juge diligent de s'en affranchir. Une étude conduite par Wilson, Houston, Etling et Brekke montre cependant qu'il n'en est rien : alors même que les sujets sont avertis du fonctionnement de l'effet d'ancrage et spécifiquement sommés d'y résister, ils y succombent néanmoins <sup>52</sup>, ce qui est conforme à l'idée selon laquelle l'ancrage trouve son siège dans des processus inconscients de l'esprit. De telles conclusions invitent évidemment au scepticisme quant à l'idéal d'une pratique judiciaire impartiale et respectueuse de la présomption d'innocence. Si même la meilleure volonté du juge ne suffit à lui assurer un rempart contre les biais de son esprit, l'espoir de triompher des effets de l'ancrage peut apparaître mince.

**51.** Ainsi la circulaire du 6 juin 2001 relative à la durée des audiences n'est pas toujours appliquée de façon scrupuleuse, loin s'en faut, en raison principalement de la charge du contentieux.

## La résistance à l'effet d'ancrage

Dès lors que l'effet d'ancrage oriente la décision du juge répressif dans le sens des réquisitions du ministère public, il interroge les principes fondamentaux de la procédure pénale et de la déontologie du magistrat.

L'effet d'ancrage, en effet, met à l'épreuve la présomption d'innocence due au mis en cause, comme le devoir d'impartialité auquel est tenu le juge en application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. On se propose donc d'examiner si les garanties de procédures, telles que le principe du contradictoire ou la collégialité constituent des remparts suffisants contre les biais d'ancrage, de telle façon qu'ils assurent « l'équilibre des droits des parties » au sens de l'article préliminaire du code de procédure pénale.

À défaut, l'impartialité constitue une exigence déontologique pour le juge. Comme le souligne le Conseil supérieur de la magistrature dans son recueil des obligations déontologiques des magistrats, « l'impartialité, dans l'exercice de fonctions juridictionnelles, ne s'entend pas seulement d'une absence apparente de préjugés mais aussi, plus fondamentalement, de l'absence réelle de parti pris. Elle exige que le magistrat, quelles que soient ses opinions, soit libre d'accueillir et de prendre en compte tous les points de vue débattus devant lui » <sup>53</sup>. Or, les biais cognitifs

**52.** T. D. Wilson, C. Houston, K. M. Etling, N. Brekke, « A new look at anchoring effects: Basic anchoring and its antécédents », *Journal of Experimental Psychology*, 1996, General, 4, pp. 387-402.

affectent l'impartialité du juge. Il lui appartient donc de trouver les moyens de résister, dans ses pratiques, à la force de l'effet d'ancrage, ce qui n'est pas sans difficulté.

### **La résistance à l'effet d'ancrage par les garanties de la procédure**

La procédure française prévoit que s'applique le principe du contradictoire au profit de la personne mise en cause, laquelle dispose du privilège de défendre sa cause en dernier. Cette faveur suffit-elle à faire échec à l'effet d'ancrage lié aux réquisitions du ministère public ? La psychologie cognitive suggère que l'ordre de parole joue, au contraire, en défaveur de la défense<sup>54</sup>. Les principes de procédure pénale veulent encore que la collégialité prévienne la décision judiciaire contre les biais qui peuvent orienter l'esprit d'un juge seul. On vérifiera que les expériences menées sur les décisions de groupe ne confirment pas l'immunité du groupe contre les biais cognitifs.

### **L'ordre de parole, un désavantage pour la défense**

Comme l'observent English, Mussweiler et Strack, les décisions judiciaires sont susceptibles d'être prises sous l'exposition de deux ancres<sup>55</sup>. En effet, si le ministère public fait une proposition de peine, il en va de

même de la défense, qui peut formuler une proposition alternative. Elle se trouve alors en mesure de contrebalancer l'effet de l'ancre jetée par le ministère public dans l'esprit du juge en lui soumettant une ancre alternative et plus récente. De fait, des études ont été conduites de façon à évaluer l'effet des ancres multiples<sup>56</sup>, qui aboutissent à des résultats contrastés. Les recherches menées sur la décision judiciaire, cependant, tendent à confirmer la solidité de l'ancrage issu des réquisitions du ministère public et suggèrent que la défense joue un rôle ambigu à cet égard.

Dans une étude de 2004<sup>57</sup>, Nunes et Boatwright proposèrent à des étudiants de participer à des enchères pour un dîner au restaurant. Ils étaient préalablement exposés aux ancres « 23 » (ancre basse B) et « 987 » (ancre haute H). Cependant, les nombres leur étaient présentés selon des séquences distinctes HBB, BHB, BBH. De façon notable, alors que les sujets exposés aux séquences s'achevant par l'ancre basse proposaient des résultats analogues<sup>58</sup>, ceux auxquels fut présentée la séquence BBH proposèrent des enchères notablement plus élevées. Un tel résultat suggérait ainsi qu'un sujet exposé à des ancres multiples est plus sensible à la dernière ancre qui lui est soumise, accréditant ainsi la pertinence du pré-

53. Conseil supérieur de la magistrature, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Dalloz, 2010, p. 9, B. 12.

54. *The Last Word in Court...*, *op. cit.*

55. *The Last Word in Court...*, *op. cit.*, p. 708.

56. G. Whyte, J. K. Sebenius, « The effect of multiple anchors on anchoring in individual and group judgment », *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1997, 69, pp. 75-85 ; Y. E. Yan Zhang, Ting Zhu, « How Multiple Anchors Affect Judgment: Evidence From the Lab and eBay », *Advances in*

*Consumer Research*, 2010, vol. 37, p. 492 ; J. C. Nunes, P. Boatwright, « Incidental prices and their effect on willingness to pay », *Journal of Marketing Research*, 2004, 41 (4), pp. 457-466.

57. J. C. Nunes, P. Boatwright, *Incidental prices and their effect on willingness to pay*, *op. cit.*, p. 461, 462.

58. Et proches du groupe de contrôle, qui n'avait été exposé à aucune ancre.

**Dossier** L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire

supposé psychologique de l'ordre de parole de droit pénal français.

L'audience pénale, cependant, ne reproduit pas les conditions de l'expérience menée par Nunes et Boatwright. En effet, lorsque l'avocat de la défense formule sa proposition de peine, il a été lui-même exposé aux réquisitions du ministère public. Or, il n'est pas de raison de penser que l'avocat serait immunisé contre l'effet d'ancrage de la peine proposée par le représentant du parquet. Pour évaluer cet effet, Englich, Mussweiler et Strack ont repris le cas qui avait été à l'origine de leurs premières études et l'ont soumis à des jeunes avocats. Ceux-ci devaient se prononcer sur les réquisitions du ministère public (« 12 » mois ou « 34 » mois), puis faire une proposition de peine adaptée à la défense de leur client. Les avocats qui avaient été exposés aux plus hautes réquisitions (« 34 » mois) proposèrent en moyenne une peine de « 16,77 » mois contre « 9,60 » mois pour ceux qui avaient été exposés à l'ancre basse (« 12 » mois), soit une différence de 7 mois, démontrant ainsi que si la défense se prononce dans l'intérêt de son client, elle est néanmoins influencée par la première ancre formulée par le ministère public<sup>59</sup>.

Quel est l'effet, cependant, de la proposition de peine de la défense ? Contrarierait-elle, comme le présuppose la règle de l'ordre de parole, l'effet d'ancrage résultant des réquisitions du ministère public, ou renforcerait-elle involontairement cet effet d'ancrage ?

59. B. Englich, T. Mussweiler, F. Strack, *The Last Word in Court...*, *op. cit.*, p. 710-712.

60. B. Englich, T. Mussweiler, F. Strack, *The Last Word in Court...*, *op. cit.*, p. 713-716.

Poursuivant l'étude, Englich, Mussweiler et Strack proposèrent à un échantillon de magistrats expérimentés dans la matière répressive des combinaisons de réquisitions et plaidoiries basées sur la première expérience<sup>60</sup>. Il apparut que les juges parvenaient à des condamnations moyennes plus lourdes lorsque les réquisitions étaient plus élevées. Mais surtout, l'analyse des résultats démontra que les peines prononcées par les juges étaient liées aux peines demandées par la défense, lesquelles étaient elles-mêmes liées aux réquisitions formées par le ministère public, de telle façon que « les avocats de la défense semblent ajuster leurs demandes sur celles du procureur, qui, en retour affectent la décision du juge. Plutôt que d'agir contre les demandes du procureur, les demandes de l'avocat de la défense semblent favoriser l'alignement de la décision du juge sur des demandes du procureur »<sup>61</sup>.

Loin de conforter l'expérience de Nunes et Boatwright, il semble donc que l'ordre de parole prévu par la procédure pénale française soit rien moins que favorable à la défense du mis en cause. Plus troublant encore, il apparaît que la défense, subissant elle-même l'effet d'ancrage de l'accusation, s'en fasse l'auxiliaire involontaire pour en appuyer l'efficacité.

« En gratifiant l'avocat de la défense du droit de parler en dernier, la loi gratifie parallèlement le procureur du droit de parler en premier. Ce qui permet à l'accusation d'introduire une ancre qui

61. B. Englich, T. Mussweiler, F. Strack, *The Last Word in Court...*, *op. cit.*, p. 716. Traduction libre.

détermine la décision finale en influençant le juge, non seulement directement, mais aussi (et de façon prédominante) indirectement grâce à l'influence de ses réquisitions sur les demandes de l'avocat de la défense. À cet égard, la procédure pénale affaiblit le principe selon lequel le doute doit profiter à l'accusé »<sup>62</sup>.

Les expériences conduites par English, Mussweiler et Strack concluent ainsi à l'avantage du ministère public sur la défense à raison de l'ordre de parole déterminé par la loi. Ils attribuent une part importante de cette conclusion à l'influence subie par l'avocat de la défense, du fait des réquisitions du ministère public, et soulignent qu'aucun des avocats sollicités pour établir une stratégie de défense n'a reconnu avoir été influencé par les réquisitions du ministère public, ce qui nourrit l'idée selon laquelle le biais d'ancrage trouve une part de sa force dans le fait que l'on n'a pas conscience d'y être soumis<sup>63</sup>.

Il convient à cet égard de faire deux observations quant aux stratégies de défense employées en pratique devant les juridictions répressives. En premier lieu, les présentes études suggèrent que, lorsque l'avocat du mis en cause ne formule pas de proposition de peine alternative, il laisse l'esprit du juge sous la seule influence de l'ancre du ministère public. On peut estimer qu'il en va ainsi lorsque la relaxe ou l'acquittement

sont plaidés, ou lorsqu'une peine alternative à l'emprisonnement ou un sursis est demandé<sup>64</sup>. Il en va de même lorsque l'avocat de la défense se contente de contester le *quantum* proposé par le ministère public sans faire de proposition alternative : au mieux, il livre le juge à l'ancre du ministère public ; au pire, il la renforce par effet de répétition.

**« À cet égard, la procédure pénale affaiblit le principe selon lequel le doute doit profiter à l'accusé. »**

En second lieu, les recherches conduites sur les ancres multiples font apparaître un « effet de contraste » selon que les ancres sont jugées, ou non, plausibles par les sujets. Si, en effet, la plausibilité d'une ancre n'est pas une condition nécessaire de son efficacité<sup>65</sup> – contrariant ainsi l'intuition de Talleyrand selon laquelle tout ce qui est exagéré est insignifiant –, le « contraste » entre une ancre jugée plausible et une ancre jugée non plausible joue en faveur de la première. Ainsi, lorsqu'un sujet est exposé à la combinaison d'une ancre « extrêmement haute » et d'une ancre moyenne, il retient une valeur « plus basse » que lorsque lui est présenté la combinaison d'une ancre « raisonnablement haute » et d'une ancre « moyenne ». Inversement, lorsque l'une des ancres apparaît trop basse pour être plau-

62. B. English, T. Mussweiler, F. Strack, *The Last Word in Court...*, *op. cit.*, p. 718. Traduction libre.

63. B. English, T. Mussweiler, F. Strack, *The Last Word in Court...*, *op. cit.*, p. 717.

64. English, Mussweiler et Strack montrent également que les juges exposés à des réquisitions plus élevées en *quantum*

accordent moins aisément le bénéfice du sursis. *The Last Word in Court...*, *op. cit.*, p. 714.

65. T. Mussweiler, F. Strack, « Considering the Impossible: Explaining the Effects of Implausible Anchors », *Social Cognition*, 2001, vol. 19, n° 2, pp. 145-160.

**Dossier** L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire

sible, l'évaluation finale se trouve en moyenne plus élevée<sup>66</sup>. Transposées à la scène judiciaire, de telles conclusions conduisent à prédire que les réquisitions du ministère public n'opèreront pas efficacement en face d'une défense raisonnable si elles apparaissent excessivement élevées au juge<sup>67</sup>. À l'inverse, lorsque les réquisitions sont raisonnables, les demandes de la défense jugées excessivement faibles conduiraient, « par effet de contraste », au prononcé d'une peine plus élevée<sup>68</sup>.

De fait, la psychologie cognitive dessine aujourd'hui un tableau de la décision judiciaire peu flatteur pour la défense, laquelle apparaît exercer un rôle au mieux résiduel<sup>69</sup>, le plus souvent inutile, voire contre-productif<sup>70</sup>. English, Mussweiler et Strack suggèrent d'ailleurs que le juge soumis à l'effet d'ancrage pourrait produire de lui-même des contre-arguments à ceux qui lui sont soumis par la défense<sup>71</sup>. Les compétences non plus que le travail des avocats ne sont cependant à blâmer, car le

problème principal semble résider dans l'avantage pragmatique garanti au ministère public par l'ordre de parole.

### **La collégialité, une condition insuffisante pour résister à l'ancrage**

« Juge unique, juge inique », dit l'adage. Et parmi les raisons de l'iniquité, le risque de partialité d'une décision prise dans le for d'une conscience solitaire. Contre l'écueil de la solitude, la collégialité apparaît donc comme un remède<sup>72</sup>. Si l'idée est ancienne<sup>73</sup>, elle a néanmoins résisté à l'usure<sup>74</sup> et l'évolution des textes ; elle a même retrouvé une forme de verdeur dans les débats récents sur la collégialité de l'instruction<sup>75</sup>.

De tels présupposés sont confirmés par certaines études de psychologie sociale, qui concluent que le groupe parvient en moyenne à un jugement plus adéquat que l'individu<sup>76</sup> parce que davantage de compétences, de savoirs et d'approches sont disponibles pour la décision. D'autres travaux cependant montrent que l'avantage du

66. Y. L. Yan Zhang, Z. Ting, *How Multiple Anchors Affect Judgment: Evidence From the Lab and eBay*, *op. cit.*

67. De telles conclusions sont appuyées par les travaux de B. Geyres, D. Hilton, J. Py, « Normalization in the courtroom: Does the formation of a group norm affect how judges adjust prosecutors' demands? », *European Journal of Social Psychology*, 43, pp. 600-605 et spec. p. 603.

68. Une stratégie de prise de perspective « *perspective taking* », laquelle consiste à considérer le point de vue de l'autre partie, peut être utilement utilisée lors d'une négociation. Il a été montré que l'usage d'une telle stratégie permet d'obtenir des concessions plus nombreuses et importantes. A. Galansky, T. Mussweiler, *First offers as anchors...*, *op. cit.*, p. 660. On ne peut à cet égard que juger avec circonspection l'efficacité des pratiques des défenses dites « de rupture », tout du moins s'agissant du bénéfice de la personne mise en cause.

69. Lorsque les réquisitions du ministère public sont à ce point exubérantes qu'elles en perdent leur effet d'ancrage sur le juge.

70. Lorsqu'elles viennent à subir et renforcer l'effet d'ancrage des réquisitions.

71. *The Last Word in Court...*, *op. cit.*, p. 720.

72. Sinon de « l'aveu unanime », comme le disent Roland et Boyer, « Juge unique, juge inique », in *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1992 (3<sup>e</sup> éd.), p. 366, mais au moins comme une idée suffisamment présente dans la communauté juridique pour mériter d'être discutée. S. Guinchard, *Procès équitable*, Rep. Dalloz, mars 2013, n° 199 ; Y. Desdevises, « Collégialité, impartialité et contradiction », in *Mélanges S. Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 233 et s.

73. V. « vieille », pour M.-A. Frison-Roche, *L'impartialité du juge*, D. 1999. 53.

74. V. ainsi P. Crocq, « Le droit à un tribunal impartial », in Cabrillac, Frison-Roche et Revet, dir., *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2011 (11<sup>e</sup> éd.), n° 541-545.

75. V. par exemple, J. Leblois-Happe, « Quelle collégialité pour l'instruction en 2010 », *AJ pénal*, 2008, p. 363.

76. G. Whyte, J. K. Sebenius, *The effect of multiple anchors on anchoring*, *op. cit.*, p. 77-78.



groupe sur la décision est limité par un échange d'informations assez pauvre, de sorte que l'effet modérateur du groupe sur les biais cognitifs serait limité. Enfin, une série d'études suggère que l'effet du groupe pourrait être d'exacerber les biais individuels dans certaines circonstances <sup>77</sup>.

S'agissant spécifiquement du biais d'ancrage, Whyte et Sebenius concluent d'une étude conduite sur un scénario de négociation de prix que « les groupes sont aussi sensibles que les individus aux effets d'une ancre non pertinente, et aussi incapables que les individus de se dégager d'une telle information » <sup>78</sup>. La décision du groupe, cependant, ne procède pas du même mécanisme que la décision de l'individu. En effet, au sein d'un groupe, le processus de décision repose sur un mécanisme d'approximation par consensus. Ce sont ainsi les « estimations individuelles » des membres du groupe qui forment les bases de discussion du groupe, lequel ajuste sa décision selon les principes d'une négociation interne. Il s'ensuit que la décision finale souffre du même biais d'ancrage que celui qui a été subi par chacun des membres du groupe <sup>79</sup>.

Une telle explication apparaît cohérente avec les résultats obtenus par Jean-Marie

Baudouin lors d'une expérience conduite au sein de l'École nationale de la magistrature <sup>80</sup>. Invités à se prononcer, dans le cadre de simulations, sur un dossier dans le cadre d'une procédure de protection de l'enfance en danger, les auditeurs de justice proposèrent en général une motivation « plus riche » <sup>81</sup> lorsqu'ils délibéraient collégalement que lorsqu'ils statuaient en qualité de juge unique. Cependant, les résultats s'inversaient si les sujets avaient été préalablement conduits à former leur opinion individuelle en assurant le rôle de représentant du parquet. Dans ce cas, les décisions collégiales étaient moins riches que les décisions individuelles, « phénomène de rétractation, en somme, où les individus, au lieu d'enrichir la discussion par leurs échanges, soit s'accommodaient immédiatement d'une position moyenne, soit campaient sur une position, puis acceptaient un compromis pauvre » <sup>82</sup>.

**« Il en résulte ainsi que le seul effet de groupe lié à la collégialité est insuffisant pour améliorer la qualité de la décision. »**

Si l'étude ne portait pas à proprement parler sur un effet d'ancrage quantitatif, ses conclusions peuvent être utilement exploitées au regard des processus cognitifs à l'œu-

<sup>77</sup>. G. Whyte, J. K. Sebenius, *The effect of multiple anchors on anchoring*, *op. cit.*, p. 78 ; G. White, « Escalating Commitment in Individual and Group Decision Making: A Prospect Theory Approach », *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1993, 54, pp. 430-455. Ce dernier travail montre notamment combien les groupes sont susceptibles de persister dans une erreur de jugement.

<sup>78</sup>. G. Whyte, J. K. Sebenius, *The effect of multiple anchors*, *op. cit.*, p. 83. Traduction libre.

<sup>79</sup>. G. Whyte, J. K. Sebenius, *The effect of multiple anchors*, *op. cit.*, eod. loc. Les auteurs suggèrent cependant que la qualité de

la décision collective pourrait être améliorée si le groupe était conduit à s'interroger 1°. sur les fondements des estimations individuelles sujettes à la négociation, et 2°. sur les informations pertinentes à retenir pour parvenir à la décision. Autrement dit, mettre en œuvre une intelligence réflexive au niveau du groupe.

<sup>80</sup>. *La collégialité est-elle une garantie de la sûreté des jugements ?*, *op. cit.*

<sup>81</sup>. Selon les termes de l'auteur.

<sup>82</sup>. *La collégialité est-elle une garantie de la sûreté des jugements ?*, *op. cit.*



**Dossier** L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire

vre. Il en résulte ainsi que le seul effet de groupe lié à la collégialité est insuffisant pour améliorer la qualité de la décision. Une telle amélioration, cependant, peut résulter de l'œuvre du juge seul, dès lors qu'il est placé dans des conditions adéquates. S'agissant notamment des décisions prises en qualité de juge unique par les auditeurs de justice préalablement placés dans la situation du procureur, l'auteur observe ainsi que : « Ces élèves, mis en situation d'embarras [dans l'expérience, l'embarras est provoqué par le changement de rôle], ont été confrontés à une sorte de dissonance. Ils ont sans doute eu un débat interne. Un débat avec eux-mêmes. Probablement assez intense. Cette intensité s'est même matérialisée : ils ont remis un travail écrit plus long que la moyenne et souvent surchargé de ratures. Ainsi un individu seul, pris dans une contradiction, mènerait une réflexion plus approfondie sur un problème complexe que trois personnes qui peuvent en débattre ».

La résistance à l'ancrage dépend en effet davantage des pratiques de la décision que des seules garanties procédurales.

### **La résistance du juge à l'effet d'ancrage**

La résistance aux biais d'ancrage résultant des réquisitions du ministère public constitue pour le juge un défi exigeant. Les garanties de procédures, telles que la collégialité ou l'exercice de ses droits par l'avocat de la défense, ne suffisent pas à le libérer de l'emprise de l'effet d'ancrage. La mécanique propre de

l'effet d'ancrage, liée à un système automatique de la pensée, en favorise en effet la robustesse, tandis que les instruments de résistance doivent mobiliser les ressources mentales coûteuses.

C'est pourquoi il lui appartient de trouver, en lui-même ou dans ses pratiques, les moyens d'y parvenir. Ainsi, des outils mentaux liés à des opérations de mise en perspective peuvent contribuer à lutter contre l'effet d'ancrage. D'autres travaux suggèrent que la construction d'une norme sociale telle que la jurisprudence peut efficacement limiter l'influence des réquisitions du ministère public.

### **Les instruments mentaux de résistance à l'ancrage**

L'ancrage trouve sa source et sa force dans les processus inconscients du système automatique de l'esprit, de sorte que la stratégie consistant à recourir à un « mécanisme correctif » issu du système réflexif présente de bonnes chances d'être inefficace. Plus fructueuse, en revanche, peut apparaître l'idée d'utiliser les ressources de la raison pour affaiblir le processus d'ancrage lui-même, dans son efficacité ou sa nécessité. Cette perspective a conduit à vérifier le succès des techniques de résistance contre l'ancrage<sup>83</sup>, d'une part, et de réduction de l'incertitude, d'autre part.

Dans une étude relative aux effets de l'ancrage en matière de négociation, Galinsky et Mussweiler ont étudié les moyens

<sup>83</sup>. Ou de « débiaisage », selon B. Cadet (cf. *Psychologie du jugement et de la décision, Des modèles aux applications*, B. Cadet, G. Chasseigne, dir., De Boeck, 2009, p. 194).

par lesquels les négociateurs pouvaient faire face au robuste effet d'ancrage résultant de la première offre formulée<sup>84</sup>. Ils ont ainsi établi qu'une stratégie consistant à « considérer les opposés » (« *considering the opposite* ») permettait d'atténuer sensiblement le biais d'ancrage. Une telle méthode consiste à confronter l'ancre à des informations qui lui sont contradictoires ou incompatibles avec ses implications, de façon à créer une discordance.

Il était demandé à celle des parties d'une négociation qui avait été exposée à une première offre de se représenter soit le « prix espéré » par l'autre partie soit son « prix de réservation » (le prix limite qu'elle pourrait consentir). Les résultats montrèrent que la représentation du « prix espéré » par l'autre partie conduisait à renforcer l'effet d'ancrage, alors la représentation de son « prix de réservation » permettait d'y résister<sup>85</sup>. L'explication apportée à ce phénomène est que le « prix espéré » par l'autre partie est cohérent avec l'offre qu'il a formulée, alors que son « prix de réservation » est associé à des idées incompatibles avec l'offre. Selon les auteurs, considérer les opposés permet donc aux sujets de limiter la force de l'ancrage en fournissant à la mémoire des éléments d'information contradictoires<sup>86</sup>.

Transposée à la délibération judiciaire, la

stratégie consistant à inviter le juge à considérer les opposés peut apparaître naïvement redondante avec la pure et simple application du principe d'impartialité qui exige que ce dernier considère avec la même attention et absence de préjugé les arguments du ministère public et ceux de la défense. En l'état des connaissances, il semble cependant que la procédure appliquée lors de l'audience pénale conduit, d'une part, la défense à subir l'ancrage des réquisitions du ministère public et, d'autre part, le juge à privilégier passivement les arguments qui renforcent l'effet d'ancrage. Si bien que s'en remettre à une injonction d'impartialité d'ordre général devrait être aussi inefficace que l'invitation à ignorer le biais d'ancrage. En réalité, les études suggèrent que le juge doit, pour bénéficier de l'effet de « débiaisage », s'imposer comme pratique de délibération de construire lui-même les arguments à cette fin et de rechercher activement pourquoi les réquisitions du ministère public ne devraient pas être considérées comme adéquates, ce qui suppose une pratique de la délibération particulièrement exigeante<sup>87</sup>.

Aussi utile, cependant, que puisse apparaître la mise en œuvre d'une stratégie de résistance au biais d'ancrage, elle a sans doute moins d'efficacité qu'une opération de « réduction de l'incertitude ». L'esprit

**84.** *First offers as anchors: The role of perspective-taking and negotiator focus*, op. cit.

**85.** Réciproquement, il fut observé que le sujet peut résister à l'offre s'il se concentre sur son propre prix espéré, alors qu'il subit l'effet d'ancrage s'il considère son propre prix de réservation.

**86.** Dans une étude antérieure, Mussweiler, Strack et Pfeiffer avaient déjà pu observer que demander à des sujets de rechercher des arguments contradictoires avec l'estimation d'un prix

(l'estimation du prix d'un véhicule d'occasion) avait un effet modérateur de l'effet d'ancrage, sans toutefois l'annihiler. T. Mussweiler, F. Strack, T. Pfeiffer, « Overcoming the Inevitable Anchoring Effect: Considering the Opposite Compensates for Selective Accessibility », *Personality and Social Psychology Bulletin*, 2000, vol. 26, n° 9, pp. 1142-1150.

**87.** Peut-être trop exigeante au regard des us et de la culture du corps, ainsi que des contraintes du temps de l'audience.

**Dossier** L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire

humain, en effet, est d'autant plus sensible aux biais cognitifs – et particulièrement aux biais d'ancrage –, qu'il manque d'information pour procéder au jugement qui lui incombe. Accroître l'information disponible réduit ainsi l'incertitude et, par conséquent, la sujétion aux biais cognitifs.

### **Le recours à la norme sociale de la jurisprudence**

Une étude particulièrement stimulante a été conduite, qui suggère que le juge est d'autant moins sujet à l'ancrage des réquisitions du ministère public qu'il peut faire appel à une information concurrente, telle que celle qu'il peut tirer de la jurisprudence<sup>88</sup>. Geyres, Hilton et Py ont ainsi étudié 184 condamnations prononcées par des tribunaux correctionnels des régions parisienne et lyonnaise entre 2005 et 2007 en matière d'outrage et de rébellion sur personnes dépositaires de l'autorité publique<sup>89</sup>. Les décisions avaient été rendues selon une procédure rapide dans des contextes d'agitation sociale, telles que les émeutes urbaines de 2005, les manifestations contre le contrat première embauche en 2006 et les manifestations contre l'élection du président de la République en 2007.

« Le juge est d'autant moins sujet à l'ancrage des réquisitions du ministère public qu'il peut faire appel à une information concurrente, telle que celle qu'il peut tirer de la jurisprudence. »

88. B. Geyres, D. Hilton, J. Py, « Normalization in the courtroom: Does the formation of a group norm affect how judges adjust prosecutors' demands? », in *European Journal of Social Psychology*, 2013, 43, pp. 600-605 et spéc. p. 603.

Les auteurs constatent, d'abord, que la moyenne des réquisitions était passée de 5,7 mois en 2005 à 4 mois en 2006 et 3,5 mois en 2007, tandis que la moyenne des condamnations s'établissait à 4,8 mois en 2005, 3 mois en 2006 et 3 mois en 2007, ce qui semblerait confirmer l'effet d'ancrage mais également la réduction de son emprise.

La richesse de l'étude résulte cependant de l'étude de la « dispersion » des peines requises et prononcées au cours du temps. Il s'agissait d'examiner quelle était l'évolution de l'écart à la moyenne des peines requises et prononcées au cours des différentes périodes de façon à vérifier si celui-ci demeurerait constant ou si, au contraire, il se réduisait par un resserrement autour de la moyenne. De fait, l'analyse des résultats a montré que la dispersion des réquisitions persistait sur la période, alors que celle des condamnations s'amoin-drissait. De telles observations suggèrent que la moyenne des *quantums* prononcés constitue peu à peu une norme implicite<sup>90</sup>. L'effet d'une telle norme au sein de la société des juges est de réduire, par effet de contraste, l'influence des réquisitions du ministère public lorsqu'elles s'en éloignent et de renforcer l'effet d'ancrage de ces mêmes réquisitions lorsqu'elles se rapprochent de la norme, par effet d'assimilation. « À mesure que les juges se familiarisent avec la procédure, ils constituent un espace plus étroit de peines acceptables, dont il résulte un ajustement plus important face aux réquisitions qui s'en

89. Du moins est-ce que l'on peut inférer de l'emploi des termes en langue anglaise, en l'absence de référence précise aux délits.

90. Mais pas chez les magistrats du parquet.

éloignent, et un ajustement moins important face à celles s'en rapprochent »<sup>91</sup>. Si les auteurs invitent à la prudence dans l'interprétation des résultats, ils font néanmoins valoir que ceux-ci sont conformes avec les travaux mettant en lumière l'effet de « débiaisage » lié à la réduction du contexte d'incertitude du jugement<sup>92</sup>, ce qui appelle quelques observations.

Tout d'abord, l'existence d'une « norme sociale » en matière judiciaire ne constitue pas une surprise pour le juriste ou praticien du droit, auquel n'est pas étranger le phénomène jurisprudentiel<sup>93</sup>. De fait, la jurisprudence représente un exercice d'uniformisation de leurs décisions, à laquelle les juges se raccrochent pour réduire l'arbitraire d'une décision. Elle constitue donc, pour autant qu'elle existe, un outil mental qui opère comme une ancre et réduit l'incertitude dans l'esprit du juge.

Le recours à cette norme sociale suppose cependant que le juge puisse bénéficier d'une information suffisante à cet égard. Si celle-ci peut résulter des échanges liés aux pratiques collectives au sein de la communauté des magistrats, elle est plus difficile d'accès aux jurés d'assises, de telle façon qu'on peut les supposer moins armés que les magistrats professionnels pour se défendre contre l'effet

d'ancrage des réquisitions du ministère public<sup>94</sup>.

Enfin, on pourrait croire que, du fait du fonctionnement hiérarchique du parquet et de l'existence de directives de politique pénale, serait constatée une plus grande homogénéité parmi les réquisitions. Or il n'en est rien. L'étude montre au contraire que les membres du ministère public ne suivent ni ne constituent une norme au cours du temps. Cette question de l'évaluation de la peine par le représentant du parquet demeure donc, parmi d'autres, largement ouverte aux recherches de psychologie cognitive<sup>95</sup>.

Au terme de cette présentation, il est possible de tirer de l'état de la recherche en psychologie sociale et cognitive certains enseignements sur la formation de la décision judiciaire en matière pénale.

Il semble ainsi que le juge subisse l'effet d'ancrage des réquisitions du ministère public, mais que cet effet dépend de la proximité des réquisitions avec la norme jurisprudentielle à laquelle se réfère le juge. Ainsi, si les réquisitions se trouvent à un niveau que le juge considère comme plausible, ou s'il n'existe pas de jurisprudence susceptible de réduire l'incertitude de son jugement, les réquisitions influenceront significativement sa décision. Pour lutter contre cet effet, il

91. B. Geyres, D. Hilton, J. Py, *Normalization in the courtroom*, op. cit., p. 604. Traduction libre.

92. Cette étude est également cohérente avec celles qui ont été conduites sur le jugement en présence d'ancres multiples.

93. Tout du moins dans son acception la plus large lorsqu'elle se rapporte à une question de fait. En ce sens, J. Carbonnier, *Droit civil*, Paris, PUF, Quadrige, 2004, n° 146, p. 279.

94. En ce sens, B. Geyres, D. Hilton, J. Py, *Normalization in the courtroom*, op. cit., p. 605.

95. La peine négociée résultant de la procédure de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité apparaît ainsi particulièrement exposée à l'effet d'ancrage de la proposition du ministère public, compte tenu du rôle restreint du juge homologateur et des modalités de la défense. Pour une étude en ce sens sur l'institution du *Plea Bargaining* aux États-Unis, v. C. Miller, « Anchors Away: Why the Anchoring Effect Suggests that Judges Should be Able to Participate in Plea Discussions », *Boston College Law Review*, 2013, vol. 54, p. 1667.

**Dossier** L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire

apparaît que la seule conscience du juge est insuffisante et qu'il doit mettre en œuvre des pratiques cognitives destinées à lutter contre les mécanismes automatiques et inconscients de sa pensée <sup>96</sup>.

Par ailleurs, différents travaux suggèrent que les garanties de procédure ne suffisent pas à limiter l'effet du « biais » d'ancrage, voire le favorisent. Ainsi en va-t-il du rôle de la défense, qui apparaît au mieux impuissante à contrer l'effet des réquisitions sur le juge. Ainsi en va-t-il également de la collégialité, dont le bénéfice apparaît au mieux contestable. Au-delà du pessimisme cependant, les résultats obtenus à ce jour suggèrent que la défense peut retrouver une forme d'efficacité lorsqu'elle accompagne les efforts du juge pour résister à l'ancrage. En effet, dans cette circonstance, elle peut fournir à la mémoire de ce dernier des outils pour considérer les opposés et contrarier les effets de l'ancrage. De même, le principe de collégialité peut-il également permettre de lutter contre les biais cognitifs, pour peu que l'organisation de la délibération ne se limite pas à une confrontation de jugements individuels perclus de biais. Encore une fois, c'est la pratique des juges – et en particulier des présidents de tribunaux correctionnels ou de cour d'assises – qui peut permettre de soustraire la décision au biais d'ancrage.

**« Encore une fois, c'est la pratique des juges – et en particulier des présidents de tribunaux correctionnels ou de cour d'assises – qui peut permettre de soustraire la décision au biais d'ancrage. »**

Si, enfin les différentes études présentées proposent des contributions stimulantes, voire perturbatrices, sur le mécanisme de la décision judiciaire, le champ des investigations demeure largement ouvert. En tout état de cause, il semble que le pire ennemi du juge, comme son seul allié, demeure lui-même.

### **Réaction de Alain Blanc, Magistrat honoraire, Vice-président de l'Association française de criminologie**

Cet article très documenté à partir de travaux de recherches essentiellement américains est extrêmement intéressant à plusieurs titres, à mon sens tous liés à son « étrangeté » pour un magistrat français :

— Il suggère une réflexion sur un sujet – celui de l'indépendance du juge « vis-à-vis de tout ce qui ne relève pas de sa « conscience claire » – peu exploré en France, pour des raisons qu'il conviendra d'élucider ;

— Il révèle une fois de plus qu'en France – où notre culture universitaire nous a appris à nous défier de pluridisciplinarité – les recherches de ce type sont pratiquement inexistantes, et sur cela aussi il faudra revenir ;

— Surtout, il suggère à l'ancien président de cour d'assises que je suis de reprendre à son compte la question de fond qu'il traite – celle des « points d'ancrage » du juge – et de la travailler à partir de notre propre système pénal pour en extraire tout ce qui peut contribuer à y voir plus clair sur cette ques-

<sup>96</sup>. Ce qui suppose au préalable qu'il accepte l'idée qu'il en est l'objet ; idée à laquelle l'esprit résiste d'autant plus puissamment

tion d'autant plus complexe qu'elle relève chez nous d'une sorte de « refoulé ».

On a compris que l'indépendance – ou plutôt, sans doute, la « liberté » – du juge vis-à-vis du ministère public, telle qu'elle est traitée ici, ne renvoie pas à la problématique institutionnelle de l'indépendance ou de l'impartialité d'un point de vue juridique, telle que commentée par exemple dans le *Dictionnaire de la justice*<sup>97</sup> où la question est traitée en droit, par des juristes. Il est ici question, à partir de l'analyse des travaux analysés, de repérer ce qui, dans la décision du juge, peut résulter d'éléments qui lui sont « extérieurs », et en particulier de ceux liés à l'influence supposée de la position adoptée par le représentant de l'accusation avant que le juge ne se prononce lui-même.

Les limites de l'exercice tel qu'il est pratiqué dans ces recherches aux USA sont évidentes pour un pénaliste français et ne tiennent pas seulement au fait que nous ne sommes – à tort – pas familiarisés avec ce type de travaux<sup>98</sup>. Elles tiennent principalement, à nos yeux, à plusieurs éléments :

— L'analyse développée ici porte sur un système pénal fondé sur une procédure accusatoire. Les parties, accusation et défense, participent à un débat frontal vis-à-vis duquel le juge est en position d'arbitre, à distance, et sans intervention sur le fond du débat. Elle ne peut s'appliquer mécanique-

ment au fonctionnement de notre procédure, encore très inquisitoire, au sein de laquelle le juge a pour mission, à l'instruction comme à l'audience, de *rechercher la vérité*<sup>99</sup>. Cette spécificité a des conséquences « systémiques » sur le positionnement du juge et la manière dont il se situe vis-à-vis des parties, et en particulier du ministère public, qui obligent à adapter les analyses de notre auteur à la configuration procédurale de notre système. On émettra à ce sujet l'hypothèse que, « culturellement », le rapport que nous avons à notre justice pénale, historiquement inquisitoire et « verticale », n'est pas étranger à notre « refoulé », comme si tenter de démontrer que la « production » judiciaire dépendrait d'autres paramètres que ceux de la conscience du juge et du droit risquerait de porter atteinte à une sorte de « sacré » de *l'auctoritas* du juge<sup>100</sup>.

— Le raisonnement développé tout au long de l'article est centré sur l'étude de l'incidence de la position adoptée par le ministère public vis-à-vis de celle qui sera retenue par le juge concernant la peine : curieusement la question de cette influence quant à l'appréciation de la culpabilité est laissée de côté, alors qu'au pénal, elle est évidemment centrale. Et surtout, il nous semble que si la question des points d'ancrage se pose aussi à son sujet, il est vraisemblable qu'elle fasse appel à d'autres ressorts que ceux évoqués

97. Sous la direction de L. Cadiet.

98. V. cependant N. Przygodzki-Lionet, *Psychologie et Justice : de l'enquête au jugement*, Paris, Dunod 2012.

99. Art. 81 du CPP : « 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 », et art. 310 du CPP : « Le président [de la cour d'assises] est investi d'un pouvoir discrétionnaire en

vertu duquel il peut, en son honneur et en sa conscience, prendre toutes les mesures qu'il croit utiles pour la manifestation de la vérité ».

100. Sans compter avec l'incidence probable du fait que lorsque le juge est élu, sa légitimité est d'un autre ordre que dans la configuration qui est la nôtre.

**Dossier** L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire

dans ces recherches pour expliquer le prononcé d'une peine plus ou moins proche de celle requise par le parquet.

— L'article rend compte de travaux portant sur l'analyse du fonctionnement d'un système dans lequel le juge est « unique », seul. Or il va de soi qu'une juridiction collégiale, qui est la règle chez nous, et plus encore s'agissant de la cour d'assises, composée de trois juges et de jurés, présente une configuration dans laquelle les questions de *l'ancrage* – du ou des juges et des jurés – se posent différemment : les interactions entre les juges d'une part, et surtout, s'agissant de la cour d'assises, l'obligation pour le président de veiller à ce que chaque juré puisse se forger d'abord, puis exprimer ensuite en délibéré sa vérité, déplacent en quelque sorte la problématique des points d'ancrage tels qu'ils sont analysés dans les travaux de recherche auxquels il est ici fait référence.

— Les développements consacrés à la jurisprudence comme « point d'ancrage » dans ces recherches méritent sans doute aussi d'être reconsidérés : si la référence à la jurisprudence et à ses effets de *statu quo* évoqués ici ont une fonction normative essentielle dans la pratique de la justice administrative en France, dans le domaine judiciaire, et au pénal en particulier, il n'en va pas de même, sinon, mais à la marge, dans notre procédure de comparution immédiate. Aux assises, et même en correctionnelle « normale », c'est moins vrai ne serait-ce que parce que le nombre des juges et donc d'ancrages et d'opinions oblige plus à raisonner et à sortir – un minimum... – de la  *paresse* qu'évoque notre auteur.

— Le constat selon lequel « les demandes de l'avocat de la défense semblent favoriser l'alignement de la décision du juge sur des demandes du procureur » nous paraît quelque peu incongru ici : en effet, d'une part, il est très rare que la défense propose une peine en France, ce qui est logique dans un système inquisitoire, et, d'autre part, il nous semble que l'effet d'ancrage des réquisitions devrait être décomposé : il y a des effets d'ancrage à la baisse (le juge considère que le parquet est « très » répressif et il baisse d'emblée la peine, comme à la hausse (le juge a une opinion inverse du ministère public qu'il trouve « laxiste »).

— Enfin, selon l'auteur, « la résistance à l'ancrage (...) dépend davantage des pratiques de la décision que des seules garanties procédurales ». Certes. Mais les garanties procédurales ont-elles pour fonction essentielle, ou en tous cas unique, d'éviter les effets d'ancrage ? Les analyses de Martine Herzog-Evans et de Jean Pradel au début de ce texte ne me paraissent pas épuiser le sujet : y a-t-il un système judiciaire dans lequel la défense parle avant l'accusation ? Est-ce même concevable ? Cette affaire « d'ancrage » est peut-être moins importante que le principe (symbolique, démocratique, moral, politique, etc.) selon lequel c'est à celui qui est accusé et qui risque le plus de parler en dernier. Sans parler du motif « procédural » tout simplement : c'est le parquet qui initie la poursuite, c'est la défense qui répond. Et une fois les débats clos, on fait la synthèse dans le même ordre.

Venons-en à l'essentiel : ce que ces travaux incitent à approfondir à partir du



repérage de tout ce qui, dans notre système judiciaire, peut contribuer à renforcer l'indépendance et la liberté du juge<sup>101</sup> et les moyens de *résistance du juge aux effets d'ancrage vis-à-vis du ministère public* ou de son « *débiaisage* ». Nous ne pouvons, faute de place, que suggérer ici quelques pistes :

— L'implication du juge dans l'organisation de la juridiction en amont du travail sur le dossier : au-delà des textes de procédure, le magistrat du siège doit trouver la bonne distance vis-à-vis du parquet pour ne pas se faire instrumentaliser dans la gestion quotidienne du pénal dont il a la charge : sur la construction du rôle de chaque audience, sur l'ordre dans lequel sont examinés les dossiers, sur la configuration de la salle d'audience, sur la durée des affaires, il doit rester, sans diaboliser le ministère public, celui qui tranche.

— L'éthique personnelle dès l'examen du dossier : autant, sinon plus qu'à l'audience, c'est l'examen du dossier en son amont et la construction des hypothèses, en préservant sa culture du doute, qui garantit la liberté du juge vis-à-vis de lui-même.

— La pratique « démocratique » de la collégialité avec les collègues et avec les jurés : la responsabilisation des assesseurs et des jurés comme contrôle à s'imposer à soi-même est sans doute l'exercice le plus complexe : c'est en contribuant à l'accès de chacun à sa propre liberté de jugement, à l'expression la plus complète de sa vérité, que le président

accède à sa propre liberté et renforce sa légitimité « débiaisée ».

— En somme et pour compléter le propos de notre auteur selon lequel « en tout état de cause, il semble que le pire ennemi du juge, comme son seul allié, demeure lui-même », nous préciserions : « son pire ennemi : lui-même, s'il reste dans sa tour d'ivoire ».

Pour conclure, nous ne pouvons que souligner l'intérêt de ce type de recherches. Elles font écho pour nous aux formations dont nous avons bénéficié alors que nous étions juge des enfants : l'analyse systémique et le repérage de tout ce qui, dans notre fonctionnement juridictionnel, renvoyait à des déterminismes, plus ou moins conscients, liés à

**« L'analyse systémique et le repérage de tout ce qui, dans notre fonctionnement juridictionnel, renvoyait à des déterminismes, plus ou moins conscients, liés à notre histoire, étaient aussi un moyen d'accéder à plus de lucidité et de se "débiaiser". »**

notre histoire, étaient aussi un moyen d'accéder à plus de lucidité et de se « débiaiser ».

Mais je suggérerai qu'un travail de ce type soit fait aussi à partir d'une autre approche : celle qui résulterait de la comparaison des modes de « fabrication » des décisions collectives dans d'autres institutions que celle de la justice : conseil municipal, conseil d'administration d'entreprise ou d'association, administration, ou toute autre institution : la mise à plat et la comparaison des *points d'ancrage* communs ou spécifiques à ces différentes ins-

**101.** Nous laisserons évidemment de côté tout ce qui relève des dispositions statutaires et du code de procédure pénale, qui

pour essentielles qu'elles soient relèvent évidemment d'un autre exercice.

**Dossier** L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire

titutions aideraient à en comprendre la portée pour chacune d'entre elles, y compris pour la justice pénale.

### **Réaction de Jean-Luc Rivoire, avocat, ancien bâtonnier du barreau des Hauts-de-Seine**

Les avocats risquent de ne pas être rassurés par la lecture de cet article qui tente de nous expliquer que les juges répressifs seraient condamnés à un système automatique de la pensée. Comment peut-on être avocat sans croire que le juge auquel on s'adresse a quelques qualités lui permettant de rendre la justice.

Le procès pénal est un parcours complexe. Les acteurs sont nombreux. Les questions tranchées sont multiples. Les raisons de chacun sont incertaines et souvent contradictoires. Au regard de cette complexité on peut s'étonner de l'étroitesse de la focale d'observation qu'utilise notre auteur et des conclusions générales et définitives qu'il en tire. Deux exemples pour illustrer le propos :

— La seule question examinée est la question du *quantum* de la peine et plus précisément du temps de prison requis puis prononcé, rien sur la reconnaissance de culpabilité, rien sur les récits qui se construisent, rien sur le choix des mesures possibles.

Les « sciences » du comportement ont une attirance suspecte pour ce qui peut se compter. Ce qui ne peut se traduire en chiffre disparaît du réel comme inconsistant parce qu'incalculable.

Réduire le procès pénal à la seule question

de la durée de la peine de prison ne peut que conduire à une impasse.

— Les juges seraient fortement influencés par la première opinion exprimée. La procédure française, donnant la parole à l'accusé en dernier, cherche à lui donner un avantage qui se révélerait un terrible handicap. L'ordre de prise de parole serait la véritable cause d'un « effet d'ancrage » au terme duquel le juge perdrait son autonomie par rapport au ministère public.

Les avocats savent que les juges sont pris dans des logiques institutionnelles complexes (médiat, police, parquet), qu'ils partagent, avec le ministère public, une même appartenance de corps, qu'ils ont des opinions personnelles, qu'ils réagissent aux événements extérieurs et à ce qui se passe tout au long de l'audience, qu'ils peuvent être déstabilisés ou confortés dans leur toute puissance, qu'ils peuvent s'intéresser aux gens qu'ils jugent et aux victimes, qu'ils peuvent parler à ces interlocuteurs ou ne soliloquer qu'avec leur dossier, qu'il y a de bons juges et de mauvais juges, qu'il y a des juges fatigués et d'autres disponibles et qu'il y a aussi des juges fatigués qui sont encore disponibles.

Tout cela et bien d'autres choses participent à l'indépendance du juge ou à sa soumission et il est assez peu probable que l'ordre des prises de parole y change quelque chose. L'auteur s'en prend à la collégialité, il doute de la capacité de ses collègues à mobiliser une rationalité consciente et rêve d'une situation où le juge unique, enfin débarrassé de ces hypocrisies archaïques, pourrait s'en remettre à un outil mental réduisant ses incertitudes par l'application d'une norme commune à

tous résultant de la moyenne des *quantums* de peines infligées.

Le lecteur aura compris le malaise profond que nous éprouvons et notre désaccord, tant sur le constat que sur les solutions.

Il faut cependant reconnaître que ce texte part d'une intuition tout à fait juste sur la difficulté d'instaurer, lors du procès pénal, un débat contradictoire éclairant sur la peine.

Les avocats sont assez fréquemment amenés à aborder cette question en correctionnel, beaucoup plus rarement aux assises. Il existe certainement un blocage culturel, en tout cas chez les plus anciens. Plus grave-ment, la plupart des avocats, fussent-ils spécialisés en droit pénal, connaissent mal l'ensemble des mesures pénales possibles, le droit de l'application des peines, le droit pénitentiaire et les pratiques de l'administration. Ces défauts de compétences freinent leurs capacités d'intervenir sur des sujets qu'ils maîtrisent insuffisamment et leurs observations, quand ils s'y risquent, manquent de crédibilité. On peut se réjouir que les choses s'améliorent significativement depuis quelques années.

La personne susceptible d'être condamnée, même si elle ne conteste pas sa culpabilité, n'est pas dans la logique de demander une peine, ni dans la possibilité de négocier ou de transiger. Le débat contradictoire sur la juste

peine, sur l'utilité de la peine, sur son sens, sur l'épreuve que cela constitue, peut s'avérer

**« Le lecteur aura compris le malaise profond que nous éprouvons et notre désaccord, tant sur le constat que sur les solutions. »**

très riche et bénéfique lors de la prise de décision, mais il faut que l'avocat et son client réussissent à construire dans la cohérence une contre-proposition.

Si les peines comportaient, notamment, des boîtes à outils permettant au condamné d'entreprendre sa reconstruction, le débat sur la peine serait plus accessible. Il faut bien constater que la peine de prison s'exécute avec un impératif quasiment exclusivement sécuritaire, dans des conditions matérielles inhumaines. La détention est souvent l'occasion de subir et d'apprendre la violence la plus extrême. De nombreux détenus sont irrémédiablement détruits par leur séjour en prison. On doit pouvoir comprendre qu'il est souvent impossible pour eux de trouver du sens à un tel désastre.

Pour que le juge puisse occuper toute la place qui est la sienne, il serait peut-être utile qu'il renonce à se considérer comme le centre du procès et retrouve la capacité d'écouter des récits dont les légitimités peuvent être contradictoires.