



HAL
open science

La présomption d'innocence à l'ère du numérique

Manon Viglino

► **To cite this version:**

Manon Viglino. La présomption d'innocence à l'ère du numérique. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, A paraître. hal-03356130

HAL Id: hal-03356130

<https://hal.science/hal-03356130v1>

Submitted on 3 Oct 2024

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.

LA PRÉSOMPTION D'INNOCENCE À L'ÈRE DU NUMÉRIQUE

Une complexification croissante du débat relatif à la présomption d'innocence. Assa Traoré, la sœur d'Adama, dont le décès, en juillet 2016 a fait l'objet d'une importante médiatisation, a publié, sur le compte Facebook « La vérité pour Adama », plusieurs messages. Ces derniers ne laissent place à aucune ambiguïté : les trois gendarmes intervenus lors de l'interpellation de son frère sont désignés comme lui ayant volontairement donné la mort et leur identité est dévoilée¹. Relevant que toutes les expertises diligentées dans le cadre de l'affaire n'étaient pas encore terminées, et que les mots tenus par Assa Traoré l'étaient de manière péremptoire, l'atteinte portée à la présomption d'innocence des gendarmes était caractérisée². Si les questionnements relatifs au respect de la présomption d'innocence par les médias sont anciens³, le débat semble néanmoins devoir être renouvelé au regard de la libération de la parole des victimes et des leurs proches, mais surtout au regard des importants progrès réalisés grâce aux nouvelles technologies. Algorithmes, Big Data, justice prédictive et réseaux sociaux sont effectivement venus complexifier l'appréhension du droit fondamental à la présomption d'innocence.

La définition de la présomption d'innocence⁴. La présomption d'innocence est régulièrement qualifiée de « *principe fondamental de notre État de droit* »⁵, et pour cause, l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, inclus dans le bloc de constitutionnalité, énonce que tout homme est « *présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable* ». Ce droit se caractérise par la possibilité de « *savoir les faits qui nous sont reprochés, de participer aux audiences et d'être entendus* »⁶. Ce principe « *domine tout le fonctionnement de la justice pénale et donne la mesure du statut de la personne soupçonnée. Il fait passer le face-à-face, société/individu, du rapport de force au rapport de droit. Dès lors, la*

¹ CA Paris, Pôle 1, Chambre 8, 26 février 2021, n°20-08700, MM. X c/ A. Traoré, « La cour d'appel ordonne à la sœur d'Adama Traoré de supprimer des messages postés sur Facebook attentatoires à la présomption d'innocence », Légipresse 2021, p. 130.

² CA Paris, Pôle 1, Chambre 8, 26 février 2021, n°20-08700, MM. X c/ A. Traoré.

³ J. HAUSER, « Présomption d'innocence et liberté d'informer », RTD Civ., 1995, p. 325.

⁴ E. GUILHERMONT, « Qu'appelle-t-on "présomption d'innocence" ? », Archives de politique criminelle, 2007/1, n°19, pp. 41-57.

⁵ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, p. 111.

⁶ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, p. 111.

*personne soupçonnée n'est pas un "voyou", un "bandit", un "délinquant" ; c'est un citoyen, réputé coauteur de la loi qui incrimine l'infraction et qui organise la façon de la lui imputer. »*⁷. La présomption d'innocence est protégée, au niveau interne, par l'article préliminaire du Code de procédure pénal, énonçant dans son troisième alinéa que « *[t]oute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi* ». La caractérisation d'une telle atteinte nécessite, selon la Cour de cassation, que « *l'expression litigieuse soit exprimée publiquement et contienne des conclusions définitives tenant pour acquise la culpabilité d'une personne pouvant être identifiée relativement à des faits qui font l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, ou d'une condamnation pénale non encore irrévocable* »⁸. Ainsi, le fait d'exprimer publiquement de simples doutes quant à la culpabilité d'une personne ne porte pas atteinte à sa présomption d'innocence⁹. Enfin, le Code civil, dans son article 9-1, énonce que « *[c]hacun a droit au respect de la présomption d'innocence* » et prévoit que « *[l]orsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte.* »

La protection de la présomption d'innocence. L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme reconnaît également ce droit fondamental, affirmant dans son deuxième alinéa que « *[t]oute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ». Une formule très similaire se retrouve à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'article 10 de la Convention pour sa part, prévoit sa conciliation avec la liberté d'expression, et envisage notamment la présomption d'innocence comme limite à cette dernière. La garantie de la présomption d'innocence serait ainsi prioritaire à celle du droit à la liberté d'expression. La position de la Cour de cassation diffère toutefois¹⁰, en ce qu'elle opère une « *mise en*

⁷ F.-L. COSTE, « Statut de la parole et présomption d'innocence », AJ Pénal, 2004, p. 402.

⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, n° 11-28.406, Bull. civ. I, n° 77.

⁹ Cass. Civ. 2^e, 20 juin 2002, n° 00-11.916.

¹⁰ C. BIGOT, « Un changement de paradigme dans le traitement judiciaire des atteintes à la présomption d'innocence », Légipresse 2021, p. 91.

balance »¹¹, et retient « *la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* »¹², les deux principes ayant, selon elle, la même valeur normative¹³. La question s'est d'ailleurs posée concernant l'enregistrement de certaines audiences sans qu'une atteinte ne soit retenue¹⁴. Il est même prévu, par le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, une nouvelle dérogation à l'interdiction d'enregistrer les audiences¹⁵.

L'apport des nouvelles technologies. Il est régulièrement affirmé que « *l'avalanche de données numériques permettra d'approfondir de manière inédite la compréhension de la société* »¹⁶. Algorithmes et intelligence artificielle sont d'ailleurs devenus « *à la mode* »¹⁷, à tel point qu'ils en sont venus à constituer les « *nouvelles mythologies de notre temps* »¹⁸. Ces mots se retrouvent ainsi partout, mais prêtent souvent à confusion¹⁹. L'algorithme peut être défini comme « *une suite finie et non ambiguë d'étapes (ou d'instructions) permettant d'obtenir un résultat à partir d'éléments fournis en entrée* »²⁰, ou encore comme « *un processus systématique d'opérations élémentaires permettant, étape par étape, de résoudre des problèmes.* »²¹. Une recette de cuisine, en ce qu'elle détermine les différentes étapes permettant d'arriver à un certain résultat, est par conséquent une forme d'algorithme. Quant à l'intelligence artificielle, elle est une « *science qui consiste à faire faire aux machines ce que l'homme ferait moyennant une certaine intelligence* »²². Cette intelligence se distingue bien évidemment de

¹¹ S. DETRAZ, « Droit au respect de la présomption d'innocence et liberté d'expression », D. 2021, p. 780.

¹² S. DETRAZ, « Droit au respect de la présomption d'innocence et liberté d'expression », D. 2021, p. 780.

¹³ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n° 19-21.718, M. Preynat c/ Mandarin Production et a.

¹⁴ J.-F. RENUCCI, « Enregistrement des audiences et droit à la présomption d'innocence », RSC 2009, p. 924 ; Cass. Crim. 17 février 2009, n° 09-80.558, Bull. crim. n° 40.

¹⁵ Article 1^{er} du Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, 14 avril 2021, https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b4091_projet-loi.

¹⁶ P. JENSEN, Pourquoi la société ne se laisse pas mettre en équation, Seuil, Science ouverte, 2018, p. 207.

¹⁷ Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », Décembre 2017, p. 14.

¹⁸ Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », Décembre 2017, p. 14.

¹⁹ Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », Décembre 2017, p. 14.

²⁰ Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », Décembre 2017, p. 15.

²¹ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, p. 15 et note 2 : « *Le mot "algorithme" vient du nom du mathématicien Al-Khwârizmi qui, au IX^{ème} siècle écrivit le premier ouvrage systématique donnant des solutions aux équations linéaires et quadratiques* ».

²² Citation attribuée à M. L. MINSKY, par Daniel Crevier, À la recherche de l'intelligence artificielle, Champs-Flammarion, Paris, 1993, p. 25.

l'intelligence humaine. Et son caractère artificiel réside jugement en cela : les tâches accomplies ne nécessitent aucun discernement²³. Les algorithmes notamment, aussi développés soient-ils, ne sont « *qu'une suite d'opérations à effectuer pour obtenir un résultat* »²⁴, « *qu'une succession d'instructions que les machines exécutent, sans que cela présuppose jamais qu'elles leur attribue un sens* »²⁵. L'intelligence artificielle, et les algorithmes toujours plus puissants grâce aux progrès de l'informatique, produisent pourtant de grands effets et peuvent, dans une certaine mesure, « *nous aider à mieux appréhender la réalité, pour prendre des décisions ou attribuer des responsabilités* »²⁶.

Les « données massives » ou Big Data. La « *croissance exponentielle du volume de données disponibles sous forme numérique est communément désignée par l'appellation big data, signifiant "données massives"* »²⁷. Toutes ces données et informations recueillies sont cruciales. En effet, « *[l]’algorithme sans données est aveugle. Les données sans algorithme sont muettes* »²⁸. Or c'est justement ces progrès technologiques qui constituent un tournant : ces « *nouvelles fonctionnalités d'analyse des données tournées vers l'action et la décision, permett[en]t d'établir des liens et des inférences* »²⁹. Et si cette exploitation massive des données n'est pas sans risque³⁰, toutes les sphères de notre société sont aujourd'hui affectées³¹.

Le développement risqué d'une logique préventive. En 2013 déjà, le Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale³² mettait en avant l'importance de la prévention, grâce notamment à une analyse poussée des risques et menaces³³. D'autres auteurs ont pu souligner la complexité croissante des menaces contemporaines, rendant indispensable l'anticipation du

²³ A. A. CASILLI, « En attendant les robots », Seuil, coll. La couleur des idées, 2019, p. 33.

²⁴ A. A. CASILLI, « En attendant les robots », Seuil, coll. La couleur des idées, 2019, p. 33.

²⁵ A. A. CASILLI, « En attendant les robots », Seuil, coll. La couleur des idées, 2019, p. 33.

²⁶ P. JENSEN, Pourquoi la société ne se laisse pas mettre en équation, Seuil, Science ouverte, 2018, p. 310.

²⁷ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, p. 11.

²⁸ Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », Décembre 2017, p. 18.

²⁹ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, p. 11.

³⁰ E. JOND-NECAND, « Conciliation de l'ouverture des données et de la protection de la vie privée : la mise en oeuvre de l'open data », L'Épipresse 2021, p. 63.

³¹ M. ANDREESSEN, "Why software is Eating the World", Wall Street Journal, 20 août 2011.

³² Disponible sur le site :

http://www.livreblancdefenseetsecurite.gouv.fr/pdf/le_livre_blanc_de_la_defense_2013.pdf

³³ Livre blanc défense et sécurité nationale, 2013, p. 80 : « *La prévention requiert une capacité d'anticipation fondée sur une connaissance précise des risques et des menaces qui permettent à l'État d'identifier les risques avant qu'ils ne se transforment en menaces* ».

risque³⁴. Si ces méthodes d'analyse ont pu se révéler efficaces et réduire la criminalité dans certains domaines, la tentation est forte d'en venir à « [p]énéraliser les intentions pour prévenir les actes »³⁵. Le rapport de la commission Tricot soulignait déjà en 1975 les risques de discrimination du fait de l'informatisation croissante, mais également d'une confiance excessive placée en ces nouvelles technologies³⁶. L'article 1^{er} de la loi Informatique et Libertés de 1978³⁷ énonce d'ailleurs que « *L'informatique doit être au service de chaque citoyen. (...) Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* ». La lutte contre la radicalisation, amorcée en 2014, s'est pourtant caractérisée par un « *objectif de prédiction des comportements* »³⁸. Autrement dit, une approche par indice en vue de la détection des personnes « radicalisées », comportant un indéniable risque de dérive, souligné par la Commission nationale consultative des droits de l'Homme dans son avis en date du 18 mai 2017. La logique prédictive y est caractérisée de « *très incertaine et potentiellement discriminatoire* »³⁹, ce qui se révèle d'autant plus problématique que le programme de détection envisagé « *a vocation à intervenir très en amont de l'expression violente* »⁴⁰. De manière plus générale, « *[l]es nouvelles technologies de prédiction sont conçues sur des critères de dangerosité des individus (c'est-à-dire leurs actions possibles dans le futur) et non sur l'évidence de culpabilité (exigeant la preuve de faits commis)* »⁴¹. L'objectif final est une prévention totale, le rêve d'un contrôle absolu⁴². Par conséquent, « *[l]e risque est de voir sanctionné demain l'écart par rapport à une prétendue "norme" sociale ou économique (...). On ne punirait plus un sujet pour ses actions, mais pour*

³⁴ A. BAUER, « Déceler-Étudier-Former ; une voie nouvelle pour la recherche stratégique. Rapprocher et mobiliser les institutions publiques chargées de penser la sécurité globale », Rapport au Président de la République et au Premier ministre, 20 mars 2008, p. 16 : « *Les menaces contemporaines, du simple acte de malveillance au terrorisme de masse, touchent aujourd'hui des systèmes si complexes que l'on est dans l'obligations, pour prévenir, d'anticiper le risque* ».

³⁵ N. BOURGOIN, Surveiller et prévenir : L'ère de la pénalité prédictive, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 2017, p. 194.

³⁶ Rapport de la Commission informatique et libertés, La documentation française, 1975 : https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport_tricot_1975_vd.pdf

³⁷ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

³⁸ Avis sur la prévention de la radicalisation, Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, 18 mai 2017, p. 5.

³⁹ Avis sur la prévention de la radicalisation, Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, 18 mai 2017, p. 9.

⁴⁰ Avis sur la prévention de la radicalisation, Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, 18 mai 2017, p. 11.

⁴¹ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, p. 111.

⁴² J.-L. SENON, « La psychiatrie à l'épreuve de l'insécurité sociale : la dangerosité ou plutôt la prédiction du risque de violence en toile de fond du débat psychiatrie-justice », L'information psychiatrique, 2012/6, Volume 88, pp. 407-414.

son profil dans une situation donnée. »⁴³. Les progrès technologiques accomplis permettent en effet « *de penser que repérer les terroristes ou criminels potentiels avant qu'ils ne passent à l'acte comme dans le film Minority Report, pourra à terme devenir réalité.* »⁴⁴. Cette logique est évidemment inacceptable dans un état de droit⁴⁵. Le fondement même de la démocratie repose sur la garantie des droits de la défense, et l'accès à une justice équitable. Or, présenter une personne coupable, sur le fondement d'une analyse informatique de son comportement, est contraire à tous ces principes et déséquilibre inévitablement le procès. L'effectivité de la garantie des droits et libertés fondamentales serait alors mis en danger par le recours à ces nouvelles technologies.

Une protection des justiciables par la Cour européenne des droits de l'Homme. La France a déjà fait l'objet de deux condamnations significatives par la Cour européenne des droits de l'Homme au regard de l'utilisation et la conservation de certaines données dans un cadre pénal. D'une part, le 18 avril 2013, dans l'affaire M. K. contre France, le fichier automatisé des empreintes digitales (FNAED), et la durée de conservation des données, soulevait d'importants problèmes au regard du droit à la vie privée. La Cour européenne des droits de l'Homme, pour conclure à une violation de l'article 8 de la Convention, retient notamment qu'elle se doit d'être « *particulièrement attentive au risque de stigmatisation de personnes qui, à l'instar du requérant, n'ont été reconnues coupables d'aucune infraction et sont en droit de bénéficier de la présomption d'innocence, alors que leur traitement est le même que celui des personnes condamnées* »⁴⁶ et qu'il faut que la conservation de ces données « *ne leur donne pas l'impression de ne pas être considérés comme innocents* »⁴⁷. Le même raisonnement a par la suite été tenu le 18 septembre 2014 dans l'affaire Brunet contre France, à propos du Système de Traitement des Infractions Constatées (STIC), le requérant ayant été mis en cause et l'affaire ayant été classée sans suite⁴⁸.

⁴³ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, p. 111.

⁴⁴ N. BOURGOIN, Surveiller et prévenir : L'ère de la pénalité prédictive, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 2017, p. 51.

⁴⁵ M. DELMAS-MARTY, Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation, Le Seuil, 2016 : « *À terme, c'est la disparition de la distinction entre armée et police, ennemi et criminel, et finalement la confusion entre guerre et paix, qui sont ainsi programmées* ».

⁴⁶ CEDH, 5^e section, Affaire M. K. c. France, 18 avril 2013, Requête n° 19522/09, § 36.

⁴⁷ CEDH, 5^e section, Affaire M. K. c. France, 18 avril 2013, Requête n° 19522/09, § 36.

⁴⁸ CEDH, 5^e section, Affaire Brunet c. France, 18 septembre 2014, Requête n° 21010/10.

L'importance du recours au juge. S'il est régulièrement affirmé que « *[l]e jugement impartial est l'un des visages du droit au procès équitable* »⁴⁹, et que cette exigence d'impartialité est affirmée à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme⁵⁰, « *[c]elui qui juge n'est jamais vierge de tout préjugé* »⁵¹. Le jugement judiciaire s'articule toujours « *sur un jugement social préalable, le plus souvent inconscient* »⁵². Or, « *la première qualité que l'on est en droit d'attendre du juge, comme de tout professionnel, n'est-elle pas de faire abstraction de ses propres sentiments pour se fonder dans sa fonction ?* »⁵³. Dans cette hypothèse, automatiser, et informatiser le rendu de certaines décisions de justice, ne permettrait-elle pas une meilleure garantie de la présomption d'innocence ? Rien n'est moins sûr. La perfection du droit se trouve parfois « *dans la reconnaissance de son imperfection* »⁵⁴. Le rituel judiciaire notamment⁵⁵, et l'humanité du juge, sont en réalité les meilleures garanties d'un procès véritablement équitable, et d'une décision juste et mesurée. Seule l'intelligence humaine est en mesure de rendre un jugement. C'est d'ailleurs pour cela que l'automatisation des décisions judiciaires demeure pour le moment, interdite⁵⁶. Toutefois, il existe une très fine frontière, entre délégation et aide à la décision⁵⁷, qui questionne sur la potentielle influence des nouvelles technologies sur la prise de décision des juges et sur la liberté qui leur est réellement laissée.

Il existe un « *risque que les préconisations de la machine soient appréhendées comme une vérité absolue, non soumise à la discussion quant à ses conséquences pratiques* »⁵⁸. Or, en matière de dangerosité et de prévention de la délinquance, il semble particulièrement hasardeux et contraire aux droits à la présomption d'innocence de considérer un individu comme coupable avant même, ou sans même qu'il n'ait pu se défendre devant un juge. En outre, puisque « *[l]es choix et les décisions cruciales se trouvent tout simplement déplacées au stade du paramétrage*

⁴⁹ P.-Y. THOUMSIN, « Les droits fondamentaux dans le monde numérique : variations autour de l'ubiquité » in *Responsabilités et numérique*, Anthémis, 2018, p. 209, n° 57.

⁵⁰ Selon lequel « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial* ».

⁵¹ A. GARAPON, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2001, p. 311.

⁵² A. GARAPON, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2001, p. 311.

⁵³ A. GARAPON, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2001, p. 273.

⁵⁴ A. GARAPON, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2001, p. 306.

⁵⁵ A. GARAPON, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2001, p. 91.

⁵⁶ Article 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁵⁷ Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », Décembre 2017, p. 47.

⁵⁸ Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », Décembre 2017, p. 27.

de l'algorithme »⁵⁹, soit bien en amont de la prise de décision, « [l]es algorithmes et l'intelligence artificielle conduisent à une forme de dilution de figures d'autorité traditionnelles, de décideurs, de responsables, voire de l'autorité même de la règle de droit »⁶⁰. Une telle dilution, participant à ce que plus chacun ne se sente véritablement responsable, semble particulièrement dangereuse en matière pénale, où les libertés les plus fondamentales sont en jeu.

Problématique. Il est indéniable que les nouvelles technologies, qu'il s'agisse des réseaux sociaux, des potentialités de l'open data, des algorithmes, ou des nouvelles formes de justice prédictive, constituent un progrès. Mais en raison de leur nouveauté, de l'absence de recul et des importants enjeux des données manipulées, ils présentent des risques de plus en plus concrets. Il s'agirait ainsi de rechercher « [c]omment concilier l'efficacité d'une technologie avec des principes de vie sociale et de liberté individuelle »⁶¹, de déterminer jusqu'à quel point il est possible de réjouir des possibilités offertes par une nouvelle technologie⁶², tout en ayant conscience des dérives possibles⁶³. Par conséquent, comment concilier au mieux le respect du droit à la présomption d'innocence, garantie indispensable à l'existence d'un état de droit, sans pour autant empêcher tout progrès technologique et toute avancée du droit ?

Annonce de plan. La présomption d'innocence s'est trouvée mise à mal par de récentes évolutions. L'ère du numérique, en ce qu'elle permet d'envisager une connaissance toujours plus fine du comportement humain, et un partage de connaissances à une immense échelle presque instantanément, se révèle risquée pour les droits et libertés fondamentales. Ainsi, tant l'apparition de nouvelles formes d'algorithmes, que celle des réseaux sociaux doit amener à renouveler le débat. Le développement des outils de justice prédictive (I), tout comme celui des

⁵⁹ Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », Décembre 2017, p. 29.

⁶⁰ Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », Décembre 2017, p. 29.

⁶¹ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 23.

⁶² A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 23.

⁶³ Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », Décembre 2017, p. 5 : « [l]e prestige et la confiance accordés à des machines jugées souvent infaillibles et "neutres" ne risquent-ils pas de générer la tentation de se décharger sur les machines de la fatigue d'exercer des responsabilités, de juger, de prendre des décisions ? ».

moyens d'expression (II) vient en effet, dans une certaine mesure, remettre en cause l'effectivité du droit à la présomption d'innocence.

I. Le développement des outils de justice prédictive

Progressivement, l'idéologie pénale a basculé d'une volonté d'éradiquer le crime, à une tentation d'éradiquer le risque de crime. Ce désir, « *nourri de la production massive des données personnelles et des avancées technologiques du data mining* »⁶⁴, tend à devenir possible et emporte d'innombrables risques., notamment celui d'« *[ê]tre sanctionné non pas pour ce que l'on a fait mais pour ce que l'on pourrait faire ou refaire* »⁶⁵. Chacun pourrait alors être « *coupable par anticipation* »⁶⁶ puisque serait créé ce « *délit d'intention, à rebours du droit pénal classique* »⁶⁷. Cela est rendu possible par l'apparition d'une nouvelle catégorie d'algorithmes dans lesquels « *les instructions à exécuter ne sont plus programmées explicitement par un développeur humain, elles sont en fait générées par la machine elle-même, qui "apprend" à partir des données qui lui sont fournies* »⁶⁸.

Néanmoins, la généralisation des outils de justice prédictive pourrait mener à une « *réontologisation de la justice* »⁶⁹, c'est-à-dire à une « *reconfiguration profonde des acteurs du système de la justice* »⁷⁰. La place du magistrat notamment, qui subit déjà d'importantes évolutions, s'en trouverait affectée. Effectivement, les statistiques et résultats devenus accessibles par ces algorithmes, deviendrait une certaine « *vérité* »⁷¹, influençant indéniablement la « *vérité judiciaire* », et limitant la liberté du juge dans sa construction.

Ces nouveaux outils de justice prédictive souffrent de certains biais et entraîne un renouvellement des fonctions judiciaires. Les algorithmes reproduisent en effet certains préjugés (a) et entraîne la disparition de « *l'intime conviction* » du juge (b).

⁶⁴ N. BOURGOIN, *Surveiller et prévenir : L'ère de la pénalité prédictive*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 2017, p. 11.

⁶⁵ N. BOURGOIN, *Surveiller et prévenir : L'ère de la pénalité prédictive*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 2017, p. 12.

⁶⁶ N. BOURGOIN, *Surveiller et prévenir : L'ère de la pénalité prédictive*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 2017, p. 12.

⁶⁷ N. BOURGOIN, *Surveiller et prévenir : L'ère de la pénalité prédictive*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 2017, p. 12.

⁶⁸ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 61 ; Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « *Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle* », Décembre 2017.

⁶⁹ J.-G. GANASCIA, « *Faut-il avoir peur de l'intelligence artificielle ?* » Émile, 2017, n°11, p. 61.

⁷⁰ A. LOUVARIS, « *Présentation générale* », in *La justice prédictive*, Actes de colloque du 21 février 2018, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, p. 33.

⁷¹ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 59.

a. La reproduction de préjugés

L'opacité des algorithmes. L'utilisation des algorithmes et de l'intelligence artificielle dans le domaine de la justice laisse craindre que le procès de Kafka devienne, dans une certaine mesure, réalité. En effet, « *[l]es nouvelles technologies de contrôle (...) échappent aux personnes sur lesquelles elles s'exercent. L'individu n'a souvent aucun moyen de (...) comprendre le ressort des procédures et des décisions qui le concernent* »⁷². L'exemple de la police de Chicago est sur ce point éclairant. Elle utilise un système prédictif chargé d'identifier les personnes susceptibles d'être impliquées dans des fusillades ou, s'agissant des prisonniers, d'identifier ceux qui sont le plus susceptibles de récidiver⁷³. Ainsi naît un premier préjugé, quant à la culpabilité ou à la dangerosité de la personne, sans qu'aucun fait ni aucune preuve ne soit mis en avant. Pire, la plupart du temps, l'algorithme utilisé n'est pas transparent, ou apparaît incompréhensible pour le justiciable qui en fait l'objet.

L'exemple du logiciel Compas. Ainsi, le logiciel Compas, développé par l'entreprise Northpointe, est utilisé par certains comtés américains pour évaluer la dangerosité et le risque de récidive. Or, Eric L. LOOMIS, citoyen du Wisconsin, a été condamné à six années d'emprisonnement, le logiciel relevant un « haut risque de violence, un haut risque de récidive ». Le juge a expressément appuyé sa décision sur les constats du logiciel⁷⁴. Eric L. LOOMIS a alors fait appel, en arguant de la violation de ses droits par l'utilisation faite d'un algorithme qui lui était inaccessible. L'entreprise a refusé, en raison du secret commercial, de communiquer la formule mathématique de son algorithme, tant à la personne mise en cause qu'à la justice⁷⁵. Encore plus révélateur, peu de temps après, « *[u]ne étude de quatre journalistes ayant comparé le parcours de dix mille détenus aux prévisions proposées par l'algorithme a révélé d'importants biais éthiques : les Noirs étaient systématiquement*

⁷² N. BOURGOIN, *Surveiller et prévenir : L'ère de la pénalité prédictive*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 2017, p. 15.

⁷³ K. WHEELING, « Support for predictive policing in Arizona », *Pacific Standard*, 26 mars 2015.

⁷⁴ M. Loomis était "identifié par le logiciel Compas, comme un individu présentant un haut risque pour la communauté".

⁷⁵ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, pp. 98-99.

*considérés comme de potentiels récidivistes »*⁷⁶. Un des critères décisifs selon l'algorithme étant la couleur de peau⁷⁷.

Les discriminations algorithmiques⁷⁸. Il est inévitable que l'algorithme soit toujours biaisé⁷⁹, notamment « *dans la mesure où il est toujours le reflet – à travers son paramétrage et ses critères de fonctionnement, ou à travers les données d'apprentissage qui lui ont été fournies – d'un système de valeurs et de choix de société »*⁸⁰. En outre, il est crucial de garder à l'esprit que les résultats de ces algorithmes et logiciels prédictifs ne fournissent pas une information désincarnée, le traitement des données ne pouvait jamais s'opérer sans « *certaine choix, préjugés, biais »*⁸¹ mais « *agissent comme un signal : celui d'une tendance ou d'une interprétation majoritaire, qui a ensuite vocation à influencer le processus décisionnel »*⁸². Il est vrai que cela relève de la nature même de l'algorithme de recommandation : « *il distingue, discerne et traite différemment les individus en fonction de certaines de leurs caractéristiques »*⁸³. La seule difficulté est de s'assurer que cela soit réalisé « *sur la base de critères objectifs et socialement acceptables »*⁸⁴ et qu'une certaine transparence demeure, notamment à l'égard du justiciable. Ces mesures semblent d'autant plus indispensables que le recours à de tels procédés dans un cadre pénal présente certains risques, notamment « *que les personnes soient profilées et classées dans des catégories, et qu'elles puissent (...) faire l'objet d'une discrimination algorithmique, voire d'une arrestation préventive »*⁸⁵ sur la base non des faits qui leur sont reprochés, mais bien de leur « profil » établi par le logiciel.

⁷⁶ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 99.

⁷⁷ J. ANGIN, J. LARSON, S. MATTU et L. KIRCHNER, « Machine Bias », sur le site ProPublica.org (<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>), 23 mai 2016 : « *There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks.* ».

⁷⁸ F. SOYEZ, « INDECT et la discrimination algorithmique », CNETFrance.fr, 2 mai 2013.

⁷⁹ P. CORNILLE, « Justice prédictive : est-ce un oxymore ? », AJFI, Construction Urbanisme, juillet 2017, n°7-8, repère 7.

⁸⁰ Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », Décembre 2017, p. 31.

⁸¹ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 74.

⁸² J.-M. SAUVÉ, « Introduction » in *La justice prédictive*, Actes de colloque du 21 février 2018, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, p. 11.

⁸³ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 96.

⁸⁴ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 96.

⁸⁵ N. BOURGOIN, *Surveiller et prévenir : L'ère de la pénalité prédictive*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 2017, p. 49-50.

L'interdiction d'un traitement distinct. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans son article premier, affirme que « *[l]es hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». Quant à l'article 6, il rappelle que la Loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ». Au niveau international, la Déclaration Universelle des droits de l'homme énonce en son article 7 que « *[t]ous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration* ». Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques reprend le même principe en son article 26 : « *[t]outes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi* ». À cet égard, en fonction des caractéristiques retenus au sein de l'algorithme (couleur de peau, lieu de résidence, orientation sexuelle...), de véritables discriminations pourraient être retenus si son résultat permet de fonder une décision ayant des conséquences directes sur l'existence de la personne concernée.

Une protection européenne insuffisante. L'article 15-1 de la directive européenne 95/46/CE, repris à l'article 22-1 du Règlement européen du 27 avril 2016 prévoit que « *[l]es États membres reconnaissent à toute personne le droit de ne pas être soumise à une décision produisant des effets juridiques à son égard ou l'affectant de manière significative, prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité, tels que son rendement professionnel, son crédit, sa fiabilité, son comportement, etc.* ». S'il semble indispensable d'offrir une certaine protection au justiciable, en particulier lorsque les logiciels prédictifs sont utilisés dans des domaines aussi sensibles que le droit pénal, elle demeure ici très limitée. Notamment, la décision peut être utilisée comme fondement d'une décision, elle ne doit simplement pas être le seul. En outre, le considérant 63 du Règlement « *prive toute personne concernée d'accéder à ces informations dès lors qu'elle est protégée par le secret des affaires ou relève d'un droit de propriété intellectuelle* »⁸⁶.

Une évolution préoccupante. « *Appréhender les criminels en action, ou du moins dissuader la délinquance en envoyant la police au bon endroit et au bon moment* »⁸⁷ fut l'un des premiers objectifs du développement des outils de police prédictive aux États-Unis. Ont été développés

⁸⁶ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 103.

⁸⁷ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 108.

à New York le projet Domain Awareness System⁸⁸, mais également le logiciel PredPol⁸⁹ « se basant sur des variables spatiales et temporelles pour prédire la survenance d'un crime à un moment et un lieu donnés »⁹⁰. PredPol est en réalité bien plus qu'un indicateur de l'intensité du risque en fonction de la concentration et la contagion du crime. Effectivement, « si l'algorithme conclut qu'une zone est dangereuse, les forces de l'ordre y sont dépêchées et procèdent à des arrestations au détriment d'investigations dans d'autres secteurs. Par un effet mécanique, les arrestations augmentent dans ces hots spots : l'algorithme se nourrit lui-même et gonfle ses propres prédictions »⁹¹. D'autres outils comme « LookingGlass permettent de récupérer, catégoriser et analyser des big data pour cartographier la propagation en ligne des influences radicales »⁹². Cela a pu être mis en place en 2014, grâce à des chercheurs du projet Dark Web de l'université d'Arizona qui « ont compilé les données du site djihadiste Ansar AlJihad Network afin de les soumettre à un algorithme de détection des messages destinés au cyber-recrutement »⁹³. En outre, la tentation est d'aller toujours plus loin dans la prévention et de remonter aux origines même de la criminalité. Ainsi, « [l]e Los Angeles County Delinquency Prevention Pilot, autre outil prédictif, vise les enfants susceptibles de tomber dans la délinquance à partir d'indicateurs comme la réussite scolaire ou la consommation de drogues »⁹⁴. Le risque est alors que l'algorithme ne devienne « un relais servile d'un préjugé social »⁹⁵ et n'aboutisse à condamner, dès la naissance, certaines personnes en raison de leur situation ou de leur milieu social.

Une contagion à l'échelle européenne. Les États-Unis ne sont pas les seuls à expérimenter ces politiques préventives. « Il existe en Europe des systèmes de surveillance comparables tel Indect, financé par l'Union européenne, orienté sur les menaces terroristes et criminelles. (...) Precobs en Allemagne ou encore Squeaky Dolphin, le programme de surveillance britannique

⁸⁸ T. H. DAVENPORT, « How Big Data Is Helping the NYPD Solve Crimes Faster », Fortune, 17 juillet 2016.

⁸⁹ Y. EUDES, « PredPol, le Big Data au service de la police », Le Temps, 23 avril 2015.

⁹⁰ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, p. 108.

⁹¹ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, p. 109.

⁹² A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, pp. 84-85.

⁹³ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, pp. 84-85.

⁹⁴ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, p. 109.

⁹⁵ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, p. 109.

(...) surveillent en temps réel l'activité des réseaux sociaux.»⁹⁶. La France également voit apparaître les prémices d'une police prédictive⁹⁷. Pourtant, « [p]rétendre anticiper des évènements avec une quasi-certitude sans possibilité de preuve (puisque celle-ci ne viendrait qu'après-coup) ouvre la porte aux actions de défense par anticipation où l'on fait usage de la force de contention : généralisation de la détention préventive, voire internement préventif pour des durées indéterminées en l'absence de toute infraction réellement commise »⁹⁸ ce qui semble contraire à l'ensemble des droits et libertés fondamentales reconnues, tant en France qu'en Europe. Cela interroge également quant à l'avenir de ces technologies. « *Que se passera-t-il lorsque les données désigneront des criminels avant même qu'ils n'aient commis leurs crimes ? Que restera-t-il de la présomption d'innocence pour celui qui présente les caractéristiques d'un multirécidiviste ? (...). Il s'agirait alors de glisser insensiblement du commencement d'exécution à l'acte préparatoire, puis de l'acte préparatoire à la potentialité de commettre un crime* »⁹⁹. Elles permettront, à terme, d'identifier les caractéristiques du criminel en puissance. Cela rejoindrait alors les anciennes théories du "criminel né", basées sur des aspects morphologiques, nées du père de la criminologie italienne, Cesare Lombroso¹⁰⁰. Cela n'est évidemment aucunement souhaitable, d'autant plus au regard des inévitables biais inhérents au fonctionnement de ces algorithmes. En outre « *cette gouvernance de la sécurité suppose la mise en place de dispositifs de surveillance, de détection précoce et de traçabilité intrusifs afin de mesurer et de contrôler la dangerosité supposée des populations* »¹⁰¹, aboutissant là encore à d'importantes violations des droits et libertés fondamentales de chacun, notamment en matière de vie privée et de protection des données personnelles. Un encadrement strict de ces nouvelles pratiques est par conséquent nécessaire.

b. La disparition de l' « intime conviction » du juge

Une restriction de la liberté du juge. Il semble assez inévitable que « *le juge, sous l'effet de la surveillance résultant d'un traitement massif des décisions de justice, perde sa liberté*

⁹⁶ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 110.

⁹⁷ N. BOURGOIN, *Surveiller et prévenir : L'ère de la pénalité prédictive*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 2017, pp. 36-40.

⁹⁸ N. BOURGOIN, *Surveiller et prévenir : L'ère de la pénalité prédictive*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 2017, p. 45.

⁹⁹ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 249.

¹⁰⁰ C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, Atlas, 1887.

¹⁰¹ N. BOURGOIN, *Surveiller et prévenir : L'ère de la pénalité prédictive*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 2017, p. 20

d'appréciation et son indépendance et préfère se ranger, par « sécurité », à l'opinion dominante ou majoritaire de ses pairs »¹⁰². La procédure a pu être définie, par le doyen Carbonnier comme « l'institution d'une mise en doute avec une décision au bout »¹⁰³. Or, le développement de la justice prédictive inverserait la logique. Le point de départ serait alors « la solution donnée par les algorithmes qu'il faudra[it] contredire au cours de la procédure »¹⁰⁴. Il ne serait alors plus question « question de syllogisme judiciaire, d'une application du droit au fait, mais d'un travail sur la particularité des faits de l'espèce pour s'éloigner de la solution prévisible »¹⁰⁵. Le magistrat ne motiverait plus tant le fond de sa décision, que son choix de s'écarter du résultat du logiciel. Le propre de la justice est pourtant que « chaque affaire soit examinée pour ce qu'elle est, avec sa part d'originalité et d'irréductible complexité qui ne saurait être systématisée par un logiciel, aussi puissant soit-il »¹⁰⁶. L'office du juge est à cet égard crucial. Cette limitation de la liberté du juge laisse craindre quant à la qualité de la justice rendue et interroge même certains sur la pertinence même de l'utilisation des algorithmes dans un cadre judiciaire¹⁰⁷.

Une humanité source de justice. Le développement de ces nouvelles technologies en vient à affecter « l'une des composantes de l'identité et de la dignité humaines, à savoir sa liberté et sa responsabilité »¹⁰⁸. Il semblerait même, dans une certaine mesure, que « la perspective de préjugement informatique » soit « pas la négation même de l'idée de justice »¹⁰⁹. Il existerait ainsi certains domaines dans lesquels la justice prédictive ne pourrait se substituer efficacement au juge, certaines situations « irréductibles à la soumission à ce qu'ont décidé majoritairement d'autres juges, dans des litiges similaires »¹¹⁰. Il ne semble ainsi pas souhaitable, dans le cadre

¹⁰² J.-M. SAUVÉ, « Introduction » in *La justice prédictive*, Actes de colloque du 21 février 2018, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, p. 9.

¹⁰³ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1994, p. 321.

¹⁰⁴ S. AMRANI MEKKI, « Justice prédictive et accès au juge : le point de vue d'une universitaire », in *La justice prédictive*, Actes de colloque du 21 février 2018, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, p. 57.

¹⁰⁵ S. AMRANI MEKKI, « Justice prédictive et accès au juge : le point de vue d'une universitaire », in *La justice prédictive*, Actes de colloque du 21 février 2018, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, p. 58.

¹⁰⁶ J.-M. SAUVÉ, « Introduction » in *La justice prédictive*, Actes de colloque du 21 février 2018, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, p. 9.

¹⁰⁷ J.-M. SAUVÉ, « Introduction » in *La justice prédictive*, Actes de colloque du 21 février 2018, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, p. 9.

¹⁰⁸ Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », Décembre 2017, p. 42.

¹⁰⁹ J.-C. MARIN, « Introduction », in *La justice prédictive*, Actes de colloque du 21 février 2018, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, p. 21.

¹¹⁰ J.-C. MARIN, « Introduction », in *La justice prédictive*, Actes de colloque du 21 février 2018, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, p. 21.

pénal, que les décisions soient rendues par « *un juge automate, transformé en administrateur "bionique", en d'autres termes "programmé", et appliquant une solution unique (...)* »¹¹¹. Là réside toute la limite de l'intelligence artificielle : « *En voulant mesurer le réel sans l'interpréter, toute qualification est contournée et donc toute interprétation juridique est mise de côté* »¹¹². Les faits sont confondus avec la réalité, et l'absence d'intelligence humaine prive le droit « *de sa mission de recherche de compromis entre des intérêts contradictoires d'une société* »¹¹³.

Un risque accru d'erreurs judiciaires. La logique même de la justice prédictive est contestable. « *Prétendre prédire le passage à l'acte, détecter l'intention, c'est déjà une forme de déshumanisation parce que le propre de l'homme est dans l'indétermination : sans l'indétermination, on n'est plus responsable de rien* »¹¹⁴. En effet, « *les algorithmes ne considèrent pas les personnes comme des sujets de droit, mais les appréhendent comme des fragments de données, appartenant à un vaste flux* »¹¹⁵. Il est pourtant illusoire de prétendre pouvoir anticiper avec une rigueur mathématique, et suffisamment de certitude, le comportement humain, car, de la part de l'homme, « *on peut s'attendre à l'inattendu, qu'il est en mesure d'accomplir ce qui est infiniment improbable. Et cela à son tour n'est possible que parce que chaque homme est unique* »¹¹⁶. Au-delà de l'incertitude inhérentes aux prédictions des logiciels, rendant arbitraire toute condamnation ou mesure de privation de liberté, « *[i]l n'y a pas plus dangereux pour un système de droit pénal que d'induire pour déduire* »¹¹⁷. Il s'agirait même là de la plus grande source d'erreurs judiciaires.

La combinaison possible de l'humain et des nouvelles technologies. Une solution de compromis semble alors devoir être adoptée. Les nouvelles technologies ne devraient venir trouver leur place dans le débat judiciaire que comme un support, une aide, un outil de plus mise à la disposition du juge. Une vigilance accrue devrait être portée sur l'absence de portée

¹¹¹ J.-C. MARIN, « Introduction », in *La justice prédictive*, Actes de colloque du 21 février 2018, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, p. 21.

¹¹² A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 74.

¹¹³ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 74.

¹¹⁴ M. DELMAS-MARTY, « La démocratie dans les bras de Big Brother », sur le site du Monde, 10 juin 2015.

¹¹⁵ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 253.

¹¹⁶ H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, trad. G. Fradier, préf. P. Ricoeur, Calmann-Lévy, 2009.

¹¹⁷ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, *L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte éditions, 2018, p. 252.

contraignante et de restriction des libertés des magistrats. L'intelligence artificielle et l'intelligence humaine devraient « *se combiner et se renforcer mutuellement* »¹¹⁸. La première ne pouvant, de toute évidence, prétendre remplacer l'autre¹¹⁹. Il conviendrait également de former à l'éthique tous les maillons de la « chaîne algorithmique », du concepteur à l'utilisateur en passant par les citoyens¹²⁰ et de renforcer leur contrôle grâce à une totale transparence des méthodes de calculs et données utilisées.

¹¹⁸ J.-M. SAUVÉ, « Introduction » in *La justice prédictive*, Actes de colloque du 21 février 2018, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, p. 10.

¹¹⁹ J.-M. SAUVÉ, « Introduction » in *La justice prédictive*, Actes de colloque du 21 février 2018, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, p. 10.

¹²⁰ Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), « Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », Décembre 2017, p. 6.

II. Le développement des moyens d'expression

L'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme protège la liberté d'expression. De plus, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, « grâce à son accessibilité ainsi qu'à sa capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, l'Internet contribue grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la diffusion de l'information »¹²¹. L'apparition des réseaux sociaux contribuerait ainsi à favoriser diffusion des idées de chacun, et par conséquent la liberté d'expression. Toutefois, « [l]a grande liberté d'action des internautes combinée au faible contrôle exercé par les plateformes numériques soucieuses de préserver leur neutralité fait que, sur la Toile, on trouve de tout et parfois de n'importe quoi »¹²². Notamment, il n'est pas rare d'observer des accusations portées publiquement, voire des commentaires présentant certaines personnes comme coupables de crimes ou de délits. Au-delà de l'atteinte personnelle causée à la victime, c'est l'équilibre de la justice en son entier qui s'en trouve bouleversé.

Le développement de nouvelles formes de communications permet une meilleure diffusion de l'information et une plus grande facilité de prise de parole de chacun. Néanmoins, l'importance croissante des réseaux sociaux (a) et la libération de la parole des victimes (b) ne sont pas sans risque sur l'impartialité du juge et le respect des droits de la personne présentée comme coupable.

a. L'importance croissante des réseaux sociaux

*« Les médias justifient leur immixtion dans la vie démocratique par un nouveau droit qui n'est inscrit nulle part : le droit à la transparence. (...) On l'invoque pour tout montrer, depuis le début de l'enquête, sans attendre le procès »*¹²³.

*« Le développement technologique des nouveaux moyens de communication a excité la pulsion de voir et endormi dans le même temps le désir de comprendre au-delà du visible. »*¹²⁴

¹²¹ CEDH, 19 février 2013, Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède. V. également CEDH (4^{ème} section) 10 mars 2009, Times Newspapers Limited (n°1 et n°2) c. Royaume Uni.

¹²² P.-Y. THOUMSIN, « Les droits fondamentaux dans le monde numérique : variations autour de l'ubiquité » in *Responsabilités et numérique*, Anthémis, 2018, pp. 193-194, n° 21.

¹²³ A. GARAPON, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2001, p. 267.

¹²⁴ A. GARAPON, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2001, p. 268.

« Lorsque la presse s'empare d'un procès, (...) elle caresse le désir de se substituer au juge et de juger à sa place. (...) En ce sens, on peut parler de délocalisation de certains procès dans les médias (...). »¹²⁵. Il faut redouter que certaines affaires « soient instruites par les médias au mépris de toute la procédure »¹²⁶ et donnent « une avance considérable à celui qui crie le plus fort et peut se faire entendre le plus »¹²⁷.

« Il est désormais établi que n'importe qui, lorsqu'il est accusé injustement, a tendance à se comporter différemment : à dissimuler certains éléments de fait qu'il craint de voir se retourner contre lui, voire de mentir, car " sait-on jamais... », et donc, finalement, à se conformer à l'accusation »¹²⁸. C'est ce qu'on appelle en anglais des « self fulfilling prophecies » ou prophéties autoréalisatrices.

La presse présente sa vérité « comme supérieure à la vérité judiciaire, trop tributaire des fictions juridiques et des ficelles procédurales. On dénonce (...) la fiction de la présomption d'innocence »¹²⁹.

« En s'affranchissant de la contrainte de la procédure, (...) ils s'asservissent au rapport de force, celui-là même dont la procédure cherche à se libérer. Ils risquent de donner au plus puissant le choix des armes et la définition de la règle du jeu. »¹³⁰

« la majorité des utilisateurs a trop peu conscience que les actes qu'elle pose sur le Web n'y sont pas cantonnés et qu'au surplus, les contenus publiés laissent une trace écrite virtuellement indélébile »¹³¹.

« le terme d'"ami" employé pour désigner les personnes qui acceptent d'entrer en contact par les réseaux sociaux ne renvoie pas à des relations d'amitié au sens traditionnel du terme et que l'existence de contacts entre ces différentes personnes par l'intermédiaire de ces réseaux ne

¹²⁵ A. GARAPON, Bien juger : essai sur le rituel judiciaire, Odile Jacob, 2001, pp. 269-270.

¹²⁶ A. GARAPON, Bien juger : essai sur le rituel judiciaire, Odile Jacob, 2001, p. 270.

¹²⁷ A. GARAPON, Bien juger : essai sur le rituel judiciaire, Odile Jacob, 2001, p. 271.

¹²⁸ A. GARAPON, Bien juger : essai sur le rituel judiciaire, Odile Jacob, 2001, p. 271.

¹²⁹ A. GARAPON, Bien juger : essai sur le rituel judiciaire, Odile Jacob, 2001, p. 272.

¹³⁰ A. GARAPON, Bien juger : essai sur le rituel judiciaire, Odile Jacob, 2001, p. 281.

¹³¹ E. FRANCO, « La responsabilité civile extracontractuelle » in *Responsabilités et numérique*, Anthémis, 2018, p. 17, n° 9.

suffit pas à caractériser une partialité particulière, le réseau social étant simplement un moyen de communication spécifique entre personnes qui partagent les mêmes centres d'intérêt (...) »¹³².

« Un homme politique, membre du Rassemblement national, a publié sur son compte Twitter le message suivant : « Je suis gêné par l'indignation à géométrie variable de ces pseudo-féministes qui manifestent contre G. Darmanin, présumé innocent, mais qui n'ont jamais manifesté contre Tariq Ramadan [...] ». Sous le texte de ce tweet était insérée la vidéo d'une émission d'une chaîne d'information au cours de laquelle l'homme politique était interviewé, et qualifiait l'islamologue de "violeur". »¹³³

b. La libération de la parole des victimes

Face à la libération de la parole des victimes, qui accusent désormais publiquement, *« [m]alheur à l'accusé qui laissera le silence s'installer »¹³⁴*. Il laisserait en effet *« les sanglots de la victime »¹³⁵* occuper toute la place.

« L'évidence de l'énonciation nous dispense de vérifier la vérité de l'énoncé »¹³⁶.

« Les informations et images publiées sur les blogs, sites Internet et réseaux sociaux constituent une incroyable manne d'informations pour les journalistes »¹³⁷.

Le mercredi 23 septembre 2020 était organisée une table ronde à la maison du barreau de Paris entre plusieurs personnalités du monde judiciaire pour débattre de la présomption d'innocence à l'heure de #MeToo¹³⁸.

« La partie civile engage également sa responsabilité : si ses accusations se révèlent mensongères ou calomnieuses, elle peut être condamnée (c. pén., art. 226-10). Car, même si

¹³² Cass. Civ. 2^e, 5 janvier 2017, n° 16-12.394.

¹³³ TJ Paris (ord. Réf., 30 novembre 2020, n° 20-55632, Tariq R. c/ Julien O , « Publication d'un tweet et d'une vidéo portant atteinte à la présomption d'innocence de Tariq Ramadan », Légipresse 2020, p.650

¹³⁴ A. GARAPON, Bien juger : essai sur le rituel judiciaire, Odile Jacob, 2001, p. 132.

¹³⁵ A. GARAPON, Bien juger : essai sur le rituel judiciaire, Odile Jacob, 2001, p. 132.

¹³⁶ A. GARAPON, Bien juger : essai sur le rituel judiciaire, Odile Jacob, 2001, p. 286.

¹³⁷ P.-Y. THOUMSIN, « Les droits fondamentaux dans le monde numérique : variations autour de l'ubiquité » in *Responsabilités et numérique*, Anthémis, 2018, p. 192, n° 18.

¹³⁸ « La présomption d'innocence à l'heure de #MeToo », Dalloz actualité, 24 septembre 2020.

elle ne prête pas serment, la partie civile se présente comme une victime qui, ayant revendiqué le statut de partie au procès et satisfait aux conditions lui permettant d'y prendre place, bénéficie implicitement d'une présomption de sincérité en raison de laquelle la société met à sa disposition la force de l'institution judiciaire en lui reconnaissant le droit de mettre l'action publique en mouvement ou de se greffer sur elle. »¹³⁹

« avant de se fonder sur une parole, il importe de la décrypter. »¹⁴⁰.

« L'éthique questionne les comportements mêmes de ces technologies qui gagnent chaque jour en autonomie, nécessitant une moindre intervention de l'humain. Le recours à la réflexion éthique permet ainsi de dépasser une logique de l'action purement technique et d'éclairer nos prises de décision, en particulier lorsqu'elles sont confrontées à des conflits de valeurs. (...) l'éthique est un art des comportements qui guide nos actions¹⁴¹. »¹⁴²

« Que doit faire un algorithme si on lui commande de commettre une injustice ? L'algorithme sera-t-il demain responsable des discriminations qu'il engendre »¹⁴³

« L'espace éthique étudie, élabore les normes, dans l'attente de l'adaptation par les opérateurs économiques de leurs processus ou par les États des législations applicables. (...) Il permet de répondre aux problèmes de décalage entre le temps technologique, celui de l'innovation, et le temps législatif. Le droit a forcément un temps de retard ou, disons, de décalage (...). »¹⁴⁴. Évite de « légiférer au gré de l'actualité »¹⁴⁵

¹³⁹ F.-L. COSTE, « Statut de la parole et présomption d'innocence », AJ Pénal, 2004, p. 402.

¹⁴⁰ F.-L. COSTE, « Statut de la parole et présomption d'innocence », AJ Pénal, 2004, p. 402.

¹⁴¹ G. DELEUSE, Spinoza : Philosophie pratique, Minuit, 2003.

¹⁴² A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, p. 230.

¹⁴³ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, p. 230.

¹⁴⁴ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, p. 231.

¹⁴⁵ A. BASDEVANT, J.-P. MIGNARD, L'empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte éditions, 2018, p. 231.