



Comprendre le monde,
construire l'avenir®



UNIVERSITE PARIS-SUD

ÉCOLE DOCTORALE : ED 400, Université PARIS-DIDEROT
Laboratoire d'Épistémologie, Histoire des sciences et Didactique des disciplines

DISCIPLINE : ÉTHIQUE

THÈSE DE DOCTORAT

soutenue le 12/12/2014

par

Jean-François MICHARD

Le territoire du médecin légiste

Éthique & Épistémologie de l'expertise médico-judiciaire

Directeur de thèse : Pr. Emmanuel HIRSCH Espace Éthique, Université Paris-Sud

Composition du jury :

<i>Rapporteurs :</i>	Pr. Stig STRÖMHOLM Pr. Christian HERVÉ	Droit civil et droit international privé, Université d'Uppsala Éthique médicale, Université Paris Descartes
<i>Examineurs :</i>	Pr. Heinz WISMANN Pr. Armelle DEBRU Dr. Martin CSATLÓS	Philosophe, Directeur d'études, EHESS Histoire de la médecine, Université Paris Descartes Médecin légiste, service de médecine légale de Stockholm

À Pascal, à Margarete

À mes parents

Note aux lecteurs

Travail réalisé dans le cadre du *Doctorat Éthique, Science, Santé et Société* du
Département de Recherche en Éthique, faculté de Médecine Paris Sud 11 et de
l'École Doctorale *Savoirs Scientifiques : épistémologie, histoire des sciences, didactique des
disciplines*,

ED 400, Université Paris Diderot – Paris 7.

Pour reproduire ou utiliser ce document, veuillez consulter l'auteur.

Cette thèse a bénéficié du soutien financier
de la Direction nationale de la médecine légale de Suède
(Rättsmedicinalverket).



RÄTTSMEDICINALVERKET
DIRECTION NATIONALE DE LA MÉDECINE LÉGALE

REMERCIEMENTS

Il m'est impossible de remercier tous ceux qui ont participé à cette thèse, collègues et amis, français et suédois, éthiciens, juristes ou encore légistes. Dans ce difficile exercice, j'aimerais citer les contributions les plus importantes sans oublier toutes celles que je ne puis citer et qui ont beaucoup compté pour moi.

Ma première pensée va au professeur Catherine Leport. C'est elle qui m'a lancé, un jour de juin 2005, dans la salle des externes du service de maladies infectieuses de l'hôpital Bichat, « Vous devriez faire de l'éthique ! ». Je lui serai toujours reconnaissant de m'avoir mis en rapport avec le professeur Emmanuel Hirsch et Virginie Ponelle, directeur et vice-directrice de l'Espace Éthique, ainsi qu'avec le docteur Marc Guerrier.

Le professeur Emmanuel Hirsch m'a accordé l'immense privilège de pouvoir écrire cette thèse. J'ai essayé de me montrer digne de la confiance qu'il m'a témoignée. J'ai été très sensible au fait qu'il accepte de diriger ce travail et lui suis redevable pour tous les bons conseils qu'il m'a prodigués.

J'ai eu beaucoup de chance de trouver sur ma route les professeurs Armelle Debru et Ingemar Thiblin. Ils ont façonné cette thèse par leur soutien indéfectible, leur aide précieuse et leur apport de références bibliographiques pertinentes en flux continu.

Le professeur Michel Bénézech m'a aidé à mieux cerner la thématique générale dans les étapes initiales. J'exprime également toute ma gratitude au professeur Anders Eriksson pour ses précieux commentaires.

Christina Bergenstrand et Manólis Nymark, respectivement chef et vice-chef du service

juridique de la Direction nationale de la médecine légale de Suède (Rättsmedicinalverket), ont répondu avec gentillesse et expertise à toutes les questions de droit que je leur ai posées ces trois dernières années.

Je suis très redevable au professeur Stig Strömholm, au docteur Martin Csatlós et à Anders Dölling, juriste, pour leurs corrections minutieuses et judicieuses.

Le docteur Håkan Sandler a longuement discuté avec moi des différents aspects de ma thèse, me permettant d'avancer dans ma réflexion.

Lena Holmqvist, maître de conférences (Universitetslektor) en droit pénal à l'Université d'Uppsala, a eu l'amabilité de m'expliquer le fonctionnement du droit pénal suédois « en vrai ».

Les remarques des doctorants de l'Espace Éthique m'ont été d'une grande aide pour réorienter mes réflexions quand cela était nécessaire.

Monia Boujdidi du service des inscriptions de l'Université Paris Sud, Sandrine Pellé de l'ED 400 de l'Université Paris Diderot et Catherine Collet de l'Espace Éthique ont été d'un grand secours dans mes démarches administratives.

Mon précédent employeur, le docteur Tommie Olofsson, ainsi que mes employeuses actuelles, Janet Gudmunds Burström et le Docteur Petra Råsten-Almqvist, ont soutenu financièrement ce travail.

Enfin, Pascal Hoareau, mon conjoint depuis bientôt 15 ans, a fait preuve d'une grande patience et a été d'une aide précieuse durant toutes les étapes de ce travail.

Il va de soi que les idées et les opinions exprimées, tout comme les fautes, erreurs et approximations, ne relèvent que de ma seule responsabilité.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	V
TABLE DES MATIERES.....	VII
AVANT-PROPOS.....	XVI
CITATION DE MATTIAS GÖRANSSON.....	XVII
INTRODUCTION.....	1
PARTIE 1 : LE MEDECIN LEGISTE DANS LA PROCEDURE JUDICIAIRE SUEDOISE.....	17
A. PROCEDURE PENALE ET MEDECINE LEGALE EN SUEDE.....	17
1. LA PROCEDURE PENALE (STRAFFPROCESSEN) SUEDOISE.....	17
<i>Enquête préliminaire (förundersökning).....</i>	<i>17</i>
<i>Mise en examen (åtal).....</i>	<i>19</i>
<i>Garde à vue (anhållande) et détention provisoire (häktning).....</i>	<i>19</i>
<i>La requête en assignation (ansökan om stämning).....</i>	<i>20</i>
2. LE PROCES (HUVUDFÖRHANDLING).....	21
<i>Phase initiale jusqu'à l'intervention de l'expert.....</i>	<i>21</i>
<i>Intervention de l'expert (sakkunnig).....</i>	<i>22</i>
Le médecin-légiste : témoin, témoin-expert ou expert ?.....	22
Principe de subsidiarité et mise en variation des éléments de preuve.....	24
Aspects généraux.....	24
Noyade vitale et principe de subsidiarité.....	26
<i>Déroulement et fin du procès après l'intervention de l'expert.....</i>	<i>28</i>

Table des matières

<i>Infractions pouvant entraîner l'intervention du médecin légiste</i>	31
Infractions avec dessein (uppsåtliga brott).....	31
Meurtre (mord).....	31
Homicide volontaire avec circonstances atténuantes (dråp)...	32
Maltraitance.....	32
Grave atteinte à l'intégrité de la femme (grov kvinnofridskränkning) et grave atteinte à l'intégrité (grov fridskränkning).....	33
Viol (våldtäkt).....	33
Infraction sans dessein (icke uppsåtliga brott).....	34
Homicide involontaire par négligence (vållande till annans död).....	34
Provocation de lésion corporelle ou de maladie (vållande till kroppsskada eller sjukdom).....	34
B. LA MEDECINE LEGALE EN SUEDE	35
1. FORMATION INITIALE.....	35
2. UNE INSTITUTION : LA DIRECTION NATIONALE DE LA MEDECINE LEGALE DE SUEDE (RÄTTSMEDICINALVERKET).....	37
<i>Historique</i>	37
<i>Missions et activité en 2013</i>	38
<i>Volume d'activité en 2013</i>	39
<i>Une absence formelle de monopole</i>	40
3. LE CONSEIL JURIDIQUE (RÄTTSLIGA RÅDET).....	41
4. LES ATTRIBUTIONS DU MEDECIN LEGISTE.....	44
<i>Indications légales des examens médico-légaux du défunt</i>	44
<i>Procédure classique où la police est informée d'un décès</i>	45

Table des matières

<i>Établissement du mécanisme de mort</i>	46
Mort naturelle et mort violente.....	46
Définition du mécanisme de mort.....	47
La double détermination du mécanisme de mort.....	50
Détermination à des fins de santé publique.....	50
Détermination pour le système judiciaire.....	51
Une double détermination peu connue du grand public.....	54
Sceller le destin d'une vie.....	55
5. IDENTIFICATION.....	56
6. DON, GREFFE D'ORGANE.....	58
7. ACTIVITE DE RECHERCHE.....	59
8. DEVOIRS INTEGRES A LA PRATIQUE.....	60
<i>La réaffirmation de l'humanité du défunt</i>	60
Enseignements de Katharina Ericson.....	60
Le visage de l'Autre au cours de l'autopsie.....	62
<i>Destruction et reconstitution du corps</i>	64
Un processus de destruction qui doit rester inapparent.....	64
La reconstitution la meilleure possible, une évidence éthique non inscrite dans la loi.....	65
<i>Assistance aux familles</i>	69
9. ÉTABLISSEMENT DE CERTIFICATS MEDICO-LEGAUX.....	71
<i>Une asymétrie de consentement</i>	72
<i>Une symétrie de valeurs</i>	73
<i>Les soins à la marge</i>	74
<i>Expertises sur dossier (yttrande)</i>	75

PARTIE 2 : LE MEDECIN LEGISTE, ENTRE FAITS ET VALEURS.....78

A. UNE IDENTITE MEDICALE EN QUESTION.....78

1. L'AUTOPSIE, UNE PRATIQUE BARBARE ?.....78

2. UN MEDECIN SANS PATIENT, UN DIAGNOSTIC SANS SOINS.....80

Le naufrage du colloque singulier au cours de l'expertise médico-légale.....81

L'abandon à l'Amour.....82

Le suicide accompagné suspect de ne pas l'être.....83

Le visage de l'Autre en tant que dette envers la routine.....84

3. SE DETOURNER DU VISAGE DE L'AUTRE : LA TENTATION DE L'ANAXIOLOGIE.....85

Neutralité axiologique et Wertfreiheit.....86

Critique de la césure faits/valeurs: Putnam, Lavelle et Hägerström.....89

La position d'Axel Hägerström sur la valeur et la vérité des représentations morales.....91

Au-delà de l'absence de césure faits/valeurs, l'absence de faits décontextualisés « flottant pour ainsi dire dans les airs ».....96

B. LES FAITS ET LES VALEURS AU COURS DE LA PROCEDURE PENALE SUEDOISE ET EN MEDECINE LEGALE.....98

1. QUELS TYPES DE FAITS ?.....98

Les faits selon leurs implications juridiques : fait induisant potentiellement du droit, élément de preuve et fait-aide, preuve structurelle et preuve causale, les faits en tant que préqualification juridique.....99

Fait induisant potentiellement du droit, élément de preuve et fait-aide.....99

Preuve structurelle et preuve causale.....101

Les faits en tant que préqualification juridique.....101

Table des matières

<i>Les faits sur lesquels les parties s'accordent : fait notoire, fait autorégulateur, fait tangible</i>	102
Fait notoire.....	102
Fait autorégulateur.....	103
Présentation du concept.....	103
Le médecin Antistius examine le cadavre de Jules César....	104
L'exhumation d'un vieillard décédé (apparemment) paisiblement à son domicile.....	107
Fait tangible.....	108
2. INTERACTION FAITS/VALEURS.....	114
<i>a. Les valeurs au cours de la procédure pénale suédoise et en médecine légale...</i>	<i>114</i>
Un exemple d'interaction faits/valeurs : le chauffeur qui avait trop bu.....	114
Pourquoi les valeurs sont-elles nécessaires ? Le « souci » de Bertrand Russell	117
Exemple de valeurs.....	120
Les valeurs en tant que fins ultimes : justice et vérité.....	121
La justice.....	121
La vérité.....	122
Les valeurs en tant que moyens : rationalité et dignité.....	127
La rationalité.....	127
La dignité.....	135
La bienveillance.....	138
Une bienveillance orientée se glissant dans les procédures..	140
Une bienveillance orientée sous les traits d'une idéologie sociale revendiquée.....	141
Le juge, les idéologies sociales et le sexe du médecin légiste	143

b. Sortir du dilemme : principe de bienveillance multilatérale et éthique de la discussion.....	146
---	-----

Rédaction de l'expertise sous l'égide d'une discussion virtuelle avec les parties : le principe de bienveillance multilatérale.....	147
---	-----

Une discussion qui devient dans un second temps pleinement concrète : l'éthique de la discussion.....	149
---	-----

Les valeurs en tant qu'instruments de correction, le principe de bienveillance multilatérale en tant qu'une éthique de la vigilance...	154
--	-----

PARTIE 3 : LES CONCLUSIONS DU MEDECIN LEGISTE ET LE DEPLACEMENT DU POSSIBLE AU PROBABLE.....156

A. OUTILS UTILISES PAR LE MEDECIN LEGISTE POUR ARRIVER A SES CONCLUSIONS.....156

1. OUTILS IMPLICITES.....156

<i>L'intuition et le raisonnement ex nihilo.....</i>	<i>159</i>
--	------------

<i>La raison (le bon sens) et le sens commun.....</i>	<i>161</i>
---	------------

<i>Les expériences générales de la vie (allmänna erfarenhetssatser), les expériences spécialisées (speciella erfarenhetssatser) et le poisson rouge dans le mixer.....</i>	<i>164</i>
--	------------

<i>Le refus de l'usage du sens commun de manière isolée et implicite est-il un déni de réalité? L'exemple du lion courant droit sur soi.....</i>	<i>167</i>
--	------------

<i>Le raisonnement réductif.....</i>	<i>174</i>
--------------------------------------	------------

La pathognomonie existe-t-elle en médecine légale ?.....	174
--	-----

Une lésion peut-elle être pathognomonique ?.....	174
--	-----

Un ensemble de lésions (un tableau lésionnel) peut-il être pathognomonique ?.....	176
---	-----

Le raisonnement réductif à conclusion probable.....	178
---	-----

<i>Le critère statistique.....</i>	<i>180</i>
------------------------------------	------------

Table des matières

2. USAGE DE LA SCIENCE, CONDITION D'INTERVENTION DU MEDECIN LEGISTE DANS LA PROCEDURE PENALE.....	186
<i>Science et non-science</i>	186
<i>Le standard de Frye et la trilogie Daubert</i>	190
Le standard de Frye (1923) : principe de subsidiarité, qualification de l'expert et consensus au sein de la communauté scientifique.....	190
La trilogie Daubert (1993-1999) et l'épistémologie poppérienne (1959)	192
Daubert contre Merrell Dow Pharmaceutical (premier arrêt de la trilogie Daubert).....	192
General Electrics contre Joiner (deuxième arrêt de la trilogie Daubert).....	197
Kumho Tire contre Carmichael (troisième arrêt de la trilogie Daubert).....	199
Critères Daubert et sciences forensiques.....	200
3. LE SAPITEUR (SAPITOR/SAPITÖR).....	203
<i>Présentation générale</i>	203
<i>Qui sont les sapiteurs en médecine légale en Suède ?</i>	204
B. LES TROIS MODELES SOCIOLOGIQUES DE L'EXPERTISE MEDICO-JUDICIAIRE.....	208
1. LE MODELE TECHNOCRATIQUE.....	211
<i>Présentation du modèle et transposition dans la relation juge – médecin légiste</i>	211
<i>Logique objective des choses (Logik der Sachen) et intime conviction</i>	213
<i>Limitations du modèle technocratique dans le contexte juge - médecin légiste</i>	219

Table des matières

2. LE MODELE DECISIONNISTE.....	220
<i>Les trois sous-types du modèle décisionniste.....</i>	<i>220</i>
<i>Trois arguments d'Habermas pour rejeter le modèle décisionniste dans la relation politique – expert.....</i>	<i>223</i>
3. LE MODELE PRAGMATIQUE.....	229
4. LE MODELE DE LA DIRECTION NATIONALE DE LA MEDECINE LEGALE DE SUEDE..	231
C. LES ECHELLES DE LANGAGE.....	240
1. ÉCHELLE DE SPECIFICITE/ASPECIFICITE.....	241
2. ÉCHELLE DE COMPATIBILITE/INCOMPATIBILITE.....	242
3. ÉCHELLE DE SANDLER (SANDLERSKALA).....	245
4. ÉCHELLE DE LA DIRECTION NATIONALE DE LA MEDECINE LEGALE DE 2006 (RMVSKALA 2006).....	247
5. ÉCHELLE DE VRAISEMBLANCE DE LA DIRECTION NATIONALE DE LA MEDECINE LEGALE DE SUEDE DE 2012 (SANNOLIKHETSSKALA 2012).....	250
<i>Un virage conceptuel radical : le basculement sur un modèle statistique obéissant à la loi de Laplace.....</i>	<i>250</i>
<i>Le déplacement du non typique à l'atypique.....</i>	<i>259</i>
6. L'ECHELLE A DOUBLE ENTREE.....	264
7. QUELLES ECHELLES RECOMMANDER ?.....	265
CONCLUSION.....	267
GLOSSAIRE.....	284
BIBLIOGRAPHIE.....	288
1. LIVRES.....	288
2. ARTICLES.....	293

Table des matières

3. TEXTES JURIDIQUES.....	297
<i>a. Suède.....</i>	<i>297</i>
<i>b. France.....</i>	<i>300</i>
<i>c. États-Unis.....</i>	<i>300</i>
4. AUTRES DOCUMENTS.....	301

TABLE DES SCHEMAS

Situation du sapiteur dans les quatre piliers de la médecine légale de Ingemar Thiblin.....	206
Échelle de conclusions : l'exemple de l'ADN.....	254
L'échelle à double entrée.....	264

AVANT-PROPOS

Le travail que le lecteur est sur le point de découvrir a une double source : la médecine, telle que je l'ai apprise et pratiquée depuis vingt ans, avec une spécialité de médecine générale et une capacité de pratiques médico-judiciaires d'une part et un intérêt intense pour l'éthique médicale d'autre part. C'est ce double point de vue qui m'a permis de m'interroger sur la notion d'expertise médico-judiciaire et sur la relation juge – médecin légiste.

La particularité de cette thèse est que la réflexion est centrée sur le rôle du médecin légiste et sur la procédure pénale tels qu'ils sont organisés en Suède. Les raisons en sont le milieu de ma pratique et les caractéristiques du système suédois où le médecin légiste a un rôle d'enquêteur et n'est pas limité à la factualité. Ces deux particularités, loin d'empêcher une comparaison avec le modèle de l'expertise médico-judiciaire français, éclairent ce dernier sous un jour nouveau.

SE « Rättssäkerhet är ett krångligt ämne rent generellt. (...) »

Om det var något [Thomas Quick]fallet visade var det hur fruktansvärt fel det kan gå när rättsväsendet litar alltför blint på « experter ». Där fanns en uppsjö av högt respekterade auktoriteter, samtliga var hundra procent övertygade om att de hade rätt – och samtliga hade hundra procent fel.

Att de flesta av dem dessutom styvnackat vägrat ändra inställning ens när de blivit överbevisade har varit en minst sagt brutal ögonöppnare. »

Mattias Göransson, chefredaktör på Filter, februari-mars 2014,
ledarsida, s. 13.

FR « De manière générale, on peut dire que le débat sur la capacité à prendre de bonnes décisions de justice est compliqué. (...) »

S'il y a quelque chose que l'affaire [« Thomas Quick »] nous a appris, c'est comment tout peut très mal tourner quand le système juridique compte de manière aveugle sur « les experts ». Il y avait [dans ce dossier] tout un aréopage de grands pontes, tous étaient persuadés à 100% qu'ils avaient raison – et ils avaient tous tort à 100%.

Que la plupart d'entre eux ait obstinément refusé de changer de point de vue même quand leur argumentation avait été totalement démontée a été pour le moins à l'origine d'une brutale prise de conscience. »

Mattias Göransson, rédacteur en chef du magazine bimensuel suédois
Filter, extrait de l'éditorial du numéro de février/mars 2014, page 13

INTRODUCTION

Du « de quoi » au « comment » de la mort

Cette thèse est l'histoire d'un choc culturel, d'une rencontre entre la médecine légale telle que je la connaissais à Évry (Essonne) et telle que je la découvris à Uppsala (Suède).

À Évry, le médecin légiste devait déterminer la cause de décès sur demande des autorités judiciaires. Toutefois, comment la personne était décédée (meurtre, suicide, accident) était du ressort de l'enquête et relevait d'une qualification judiciaire, hors du champ d'action de la médecine légale.

Quelle ne fut pas ma surprise quand j'appris à Uppsala que je devais déterminer ce « comment », qu'il s'agissait, comme me l'a indiqué un collègue, d'une des pierres angulaires de notre travail. Cela était d'autant plus difficile à comprendre que ce n'était pas une contrainte légale, c'était seulement une exigence de santé publique. Ceci me serait confirmé par le service juridique de mon employeur. Le « comment » était déterminé par tradition et dans le silence de la loi. Le système suédois semblait avoir épousé la tradition américaine en matière de médecine légale mais sans les pouvoirs d'investigation. Mais sur quels fondements reposait cette évaluation ? De quel niveau d'information disposait le médecin légiste ? Quels outils utilisait-il pour l'effectuer ? Comment la police pouvait faire un retour critique sur cette évaluation ?

Le « comment » et « l'extraction de l'intentionnalité » : plaie par balle et accident de la route

À Évry, mes collègues et moi-même étions en effet incapables d'extraire l'intentionnalité d'une plaie par balle, d'une prise de sang ou encore du corps d'un polytraumatisé de la voie publique.

Alan R. Moritz, médecin légiste américain, raconte à ce sujet l'histoire d'un ancien gangster, retrouvé décédé dans les toilettes de sa propre taverne, une plaie par balle au niveau de la tempe. Il n'y avait pas d'arme sur place ni de poudre sur la peau et le médecin légiste détermina qu'il s'agissait d'un meurtre. Le lendemain, cette position semblait plus difficile à défendre quand l'ex-femme du défunt reçut une lettre d'adieu de ce dernier et qu'il s'avéra qu'un adolescent avait prélevé l'arme sur la scène de crime avant l'arrivée de la police. Comment, au vu de cette anecdote, répondre de manière catégorique à la question « qui a tiré ? ».¹

De même, le fait de savoir si une personne qui conduisait une voiture était volontairement sortie de la route pour aller s'encastrer contre un arbre me semblait inaccessible. Si la personne était suicidaire, la dépression protégeait-elle forcément d'un événement accidentel ? Peut-être que d'autres données pourraient changer notre évaluation du « comment » si nous récupérions davantage d'informations auprès de la police. Pour prendre un exemple de Ingemar Thiblin², l'envoi d'un mini-message une minute avant l'impact contre l'arbre, du type « je suis passé prendre le pain » nous inviterait peut-être à reconsidérer l'induction *dépression* → *suicide*.

Mais au-delà de ces exemples, la question de la toxicologie allait occuper une place centrale dans ma réflexion, appuyée sur les travaux de Henrik Druid.³ J'en prendrai comme exemple la digitaline.

¹ Moritz, A.R. (1981). CLASSICAL MISTAKES IN FORENSIC PATHOLOGY. *American journal of forensic medicine and pathology*. 2 (4), p. 307

² Ingemar Thiblin est professeur de médecine légale à l'Université d'Uppsala et praticien hospitalier à la Direction nationale de la médecine légale de Suède.

³ Henrik Druid est professeur de médecine légale, chercheur à l'Institut Karolinska de Stockholm/Solna et exerce dans le service de médecine légale de Linköping.

Le « comment » et « l'extraction de l'intentionnalité » : le surdosage par digitalique

La digitaline est un médicament extrait de la digitale, plante à la fois médicinale et toxique. Elle se prête à ravir au double sens du terme grec qui, au neutre (τό φάρμακον, pharmakon), signifie aussi bien « remède » que « poison ». Cette substance a pour propriété de renforcer, de ralentir et de réguler le cœur mais elle peut aussi être mortelle en initiant des troubles du rythme cardiaque.

La digitaline est disponible en goutte et en comprimés. Un de mes maîtres à la faculté de Toulouse nous avait raconté comment, jeune médecin, il en avait prescrit deux gouttes par jour à un homme âgé à la campagne et comment sa belle-fille, en lui en administrant deux cuillères à café, l'avait tué. C'est à cette occasion que mon maître avait appris du médecin qu'il remplaçait qu'à la campagne, on ne prescrivait jamais de la digitaline en goutte car souvent la famille s'en servait pour « claquer son vieux » selon l'expression consacrée, c'est-à-dire s'en débarrasser en le tuant. Qu'une telle pratique soit connue dans le monde médico-légal toulousain m'avait amené à être extrêmement soupçonneux devant tout surdosage de cette substance. De même, je contrôlais régulièrement sa concentration dans le sang de mes patients lorsque je travaillais en tant que généraliste dans la campagne bourguignonne.

La digitaline qui n'existait pas

Un cas où je fus impliqué concernait l'intoxication supposée d'un nourrisson. Un bébé avait été admis dans un hôpital de la grande couronne parisienne pour malaise. Selon le protocole, tous les patients présentant un malaise étaient soumis à un bilan biologique avec différents paramètres dont le dosage de la digoxine. Le bébé en question présentait une concentration de 0,18 nanogramme par litre de sang. Le personnel, ne comprenant pas que le sang d'un bébé contienne de la digoxine,

alerta le procureur de la République. On aurait pu proposer l'induction *présence de toxique dans le sang d'un bébé* → *administration d'autrui*. Cela semblait un raisonnement frappé du sceau du bon sens mais la police émit très vite des doutes sur le dosage. Personne dans la famille de l'enfant n'utilisait en effet de digoxine. À quelle occasion ce produit avait-il donc pu être ingéré par l'enfant ?

L'analyse, émise par un laboratoire respectable et certifié, fut mise en cause. Je contactai le biologiste pour m'enquérir de ce qu'il pensait de la signification de ce dosage. Il procéda alors à des contrôles sur la machine ayant effectué l'analyse et me rappela plus tard. Le dosage retrouvé correspondait selon lui à un « bruit de fond ». Comme je ne comprenais pas le sens de cette expression, il me précisa qu'elle signifiait que le sang du bébé n'avait jamais contenu de la digoxine. La valeur était fausse.

Un médicament retrouvé dans le sang alors qu'il n'y est pas s'appelle un « faux positif ». En cas de « faux négatifs », au contraire, l'analyse ne met pas en évidence une substance qui se trouve pourtant dans l'échantillon de sang. Faigman indique que ces « faux positifs » sont beaucoup plus rares que les « faux négatifs » dans les tests de compétence (*proficiency tests*) réalisés de 1978 à 1999 par les services collaboratifs de tests américains (Collaborative Testing services) auprès de laboratoires de chimie médico-légale américains volontaires. Ces tests constituent en l'envoi d'échantillons à doser dont les services collaboratifs de test connaissent le résultat qu'ils comparent à celui établi par le laboratoire volontaire à être testé.¹

¹ Faigman David L., Kaye David H., Saks Michael J., Sanders Joseph, *SCIENCE IN THE LAW: FORENSIC SCIENCE ISSUES*, St. Paul, West Group, 2002, p. 42

La digitaline et les petits reins

Une autre fois, nous avons eu dans le service de médecine légale d'Évry le cas d'un homme âgé apparemment tué par la digitaline administrée par sa femme. Comment faire la relation entre la dose administrée et une éventuelle concentration mortelle ? Dans ce cas, un paramètre déterminant a été identifié lors de l'autopsie* : le défunt avait des tout petits reins témoignant d'une insuffisance rénale chronique très avancée. Les reins ne pouvaient plus remplir leurs différentes fonctions correctement, parmi lesquelles celle d'éliminer la digitaline du corps. Il apparaissait donc comme le scénario le plus vraisemblable que la dose administrée était normale pour un homme à fonction rénale conservée mais que le corps n'avait pas eu la possibilité d'épurer les doses au rythme de leur administration. Le niveau de digitaline dans le sang était donc monté progressivement jusqu'à une concentration mortelle. Il n'y avait aucune raison de penser à un acte malveillant. Avoir des petits reins ne protège évidemment pas d'être empoisonné, cela ne pouvait pas strictement exclure un acte malveillant d'autrui ou un surdosage aigu par accident ou suicide. Cela donnait toutefois une explication apparente à une conjonction entre une concentration mortelle dans le sang du défunt et une audition de sa veuve qui disait lui avoir donné chaque jour la dose prescrite. Les déclarations de la femme du défunt étaient donc compatibles avec les données de l'autopsie.

De la difficulté à « extraire l'intentionnalité » à l'incertitude de la justesse des conclusions de l'expertise en médecine légale : quelques éléments de recherche du Professeur Henrik Druid

La difficulté pour le médecin légiste de se positionner de manière catégorique allait être brillamment problématisée par Henrik Druid lors de son intervention orale *Evidensbaserad rättsmedicin – vad är det vi egentligen intygar?* (Médecine légale basée sur la preuve – qu'est-ce

Introduction

que nous certifions vraiment?) au cours des journées annuelles de la médecine suédoise (*Riksstämman 2008*)¹. Henrik Druid montre qu'il est parfois difficile de déterminer si la mort est effectivement due à un surdosage médicamenteux ou à un infarctus du myocarde. Il pose une série de question qu'il intitule la « chaîne de la preuve » (*beviskedjan*) et se demande si la possibilité de faire une évaluation « sûre » ne décroît pas au fil des questions suivantes:

SE *Beviskedjan*²

1. *Är diagnosen korrekt? (Hjärtinfarkt / Intox)*
2. *Har diagnosen orsakat döden? (Hjärtinfarkt / Intox)*
3. *Vet vi uppsåtet/orsaken? (Hjärtinfarkt / Intox)*
4. *Vad är den totala säkerheten?*
5. *Hur tolkar polisen vårt utlåtande?*
6. *Hur tolkas det av åkl[agare]/domstol?*
7. *Vilken vikt tillmäts våra resultat?*

FR *Chaîne de la preuve*

1. *Est-ce que le diagnostic est correct (infarctus du myocarde/ overdose)?*
2. *Est-ce que le diagnostic [identifié] a engendré la mort (infarctus du myocarde/ overdose)?*
3. *Que savons-nous du dolus/dessein (uppsåt)³ et de la cause du décès (infarctus du myocarde/ overdose)?*
4. *Quelle est la totale sécurité [que notre évaluation est correcte]?*
5. *Comment la police interprète notre évaluation?*
6. *Comment est-elle interprétée par le procureur et le tribunal?*
7. *Quel est le poids que l'on attribue au résultat que nous avons obtenu [dans la procédure judiciaire]?*

Henrik Druid donne en conclusion quelques pistes qui préfigurent une rationalisation de la

¹ Henrik Druid, présentation orale *Evidensbaserad medicin – vad är det vi egentligen intygar?*, Riksstämman 2008, Stockholm.

² Texte issu de la diapositive 8/42 de la présentation powerpoint et reproduit avec l'aimable autorisation de l'auteur.

³ Le dolus/dessein* (uppsåt) est un concept distinct de l'intentionnalité (avsikt).

médecine légale : nécessité d'évaluateurs externes, de calibrer les diagnostics et de donner les moyens à la police/au procureur/au juge d'évaluer de manière critique les expertises.

L'incertitude de la justesse des conclusions de l'expertise en médecine légale apparaît paradoxalement couplée à un sentiment d'infailibilité de la part des médecins légistes et à une limitation du recours à la contre-expertise

L'absence de contestation de l'expertise médico-judiciaire

Un de mes maîtres français en médecine légale avait l'habitude de dire que c'était le privilège du médecin légiste de pouvoir dire à peu près tout et n'importe quoi sans jamais être vraiment contesté. Un autre confrère, Alan R. Moritz, disait à peu près la même chose en des termes plus diplomatiques en 1956 :

EN *It is only the full-time forensic pathologist who is likely to become accustomed to having his opinions go virtually unchallenged.*

FR *C'est seulement le médecin légiste qui exerce à temps plein qui est le plus à même de devenir habitué à voir ses évaluations virtuellement non contestées.*¹

En lisant Michel Foucault, cet ancien résident d'Uppsala, on peut se demander si cette absence de contestation est indépendante de la qualité de l'expertise :

Il se trouve que, au point où viennent se rencontrer l'institution destinée à régler la justice, d'une part, et les institutions qualifiées pour énoncer la vérité, de l'autre, au point, plus brièvement, où se rencontrent le tribunal et le savant, où

¹ Moritz, A.R. (1981). CLASSICAL MISTAKES IN FORENSIC PATHOLOGY. *American journal of forensic medicine and pathology*. 2 (4), p. 303. L'article original est de 1956.

Introduction

viennent se croiser l'institution judiciaire et le savoir médical ou scientifique en général, en ce point se trouvent être formulés des énoncés qui ont le statut de discours vrais, qui détiennent des effets judiciaires considérables, et qui ont pourtant la curieuse propriété d'être étrangers à toutes les règles, même les plus élémentaires, de formation d'un discours scientifique ; d'être étrangers aussi aux règles du droit et d'être, comme les textes que je vous ai lus tout à l'heure, au sens strict, grotesques.¹

Après les dires « grotesques » selon Foucault, on reprendra les propos de Robert Nordh, maître de conférences en droit procédural (processrätt) à Uppsala. Ce dernier estime que les « pures spéculations » (rena spekulationer) du médecin légiste en Suède donnent parfois lieu à une condamnation :

SE Ofta är det nog också så att innehållet i ett sakkunnigutlåtande godtas som riktigt i större utsträckning än som gäller för bevisning i övrigt. Den kunskap som sakkunnigbeviset förmedlar till domstolen kommer därmed även att få stort genomslag för domstolens värdering av bevismaterialet. Det är t.ex. mycket sällan en domstol uttalar sig kritiskt mot innehållet i ett rättsläkarutlåtande eller ett utlåtande från SKL, om det inte läggs fram direkt motbevisning.

Tvärtom har jag ibland förvånats av hur mer eller mindre rena spekulationer från en rättsläkare, angående t.ex. tänkbart brottsverktyg eller hur en skada kan ha uppkommit, lyfts fram i domskälen som ett ovedersägligt stöd för en fällande dom.²

FR Souvent il arrive également que le rapport d'un expert soit considéré comme vrai dans une beaucoup plus grande mesure que pour les autres preuves. Les connaissances que l'expert communique au tribunal vont ainsi avoir de grandes répercussions dans le cadre de l'évaluation de la preuve. Il est par exemple extrêmement rare qu'un tribunal soit critique envers le contenu de l'expertise d'un médecin légiste ou à l'encontre d'une expertise du laboratoire national [suédois] de la police scientifique, à l'exception du cas où une contre-preuve indiscutable est présentée.

À l'inverse, j'ai été parfois surpris des plus ou moins pures spéculations d'un médecin légiste, parfois s'agissant d'un objet possiblement utilisé [au cours d'un délit] ou de la manière dont une lésion a pu survenir, qui sont mises en

¹ Foucault Michel, *Les anormaux, cours au Collège de France, 1974-1975*, Paris, Seuil/Gallimard, 1999, p. 11-12

² Nordh Roberth, *Praktiskt process VIII Bevisrätt C – Bevisvärdering*, Uppsala, Iustus, 2013, p. 92

avant dans les motifs de la Cour comme support irréfutable à une condamnation.

Que l'expertise influence la décision d'un magistrat ne devrait pas surprendre. On a même des expressions en français pour cela. On dit que l'expertise « transite directement dans le jugement » ou encore que le tribunal se transforme en « chambre d'enregistrement » de l'évaluation de l'expert. Il s'agit du problème du « déplacement du pouvoir normatif », pour reprendre l'expression du sociologue Francis Chateauraynaud :

La seule chose que l'on puisse affirmer est la montée en puissance incontestable des experts dans tous les domaines. Pour les uns, il s'agit d'une technicisation du lien social, pour d'autres, un indice d'interdépendance accrue des acteurs, pour d'autres encore c'est un déplacement du pouvoir normatif ou une crise des formes de représentation de la politique, la science ou la justice liées à la société libérale.¹

Le couplage d'une expertise non contestée avec les effets considérables qu'elle induit fait porter une lourde responsabilité au médecin légiste. Il devrait être amené à revoir facilement son jugement si celui-ci est mis en question. Or, d'après les travaux de Ingemar Thiblin, il semblerait que cette « impunité » relative procure un sentiment d'infailibilité.

Un certain sentiment d'infailibilité

Dans son enquête intitulée *Var går gränsen ?*² (Où se situe la limite?), Ingemar Thiblin demande à 27 médecins légistes exerçant en Suède (25 répondront) combien de fois la proposition suivante est vraie (question 17 de l'enquête):

¹ B. Peckels, S. Moreau, « Les mobiles de l'expertise, entretien avec Francis Chateauraynaud », revue Experts N°78, mars 2008, Paris

² Thiblin Ingemar, *Var går gränsen (undersöker rättsläkarens uppfattning om vad som är en rimlig ambitionsnivå vid dödsfallutredningar)*, sammanställd 2012-02-01, Vetenskapsområdet för medicin och farmaci, Uppsala Universitet (non publié). Question 17 reproduite avec l'aimable autorisation de l'auteur.

Introduction

SE *Jag har själv gjort bedömningar avseende dödsorsak eller dödsätt som jag har omvärderat efter att diagnosen har ifrågasatts av t.ex. anhörig eller den avlidnes läkare utan att ny information har presenterats :*

- har hänt mer än 5 gånger : 0
- har hänt 1-5 gånger : 9
- har aldrig hänt : 16

FR *J'ai moi-même fait des évaluations concernant la cause de décès [le « de quoi » de la mort] ou le mécanisme de mort* [le « comment » de la mort] que j'ai été amenées à modifier après que leur validité a été mise en cause, par exemple par les parents ou le médecin du défunt, sans qu'aucune nouvelle information ne m'ait été communiquée :*

- cela est arrivé plus de 5 fois : 0
- cela est arrivé de 1 à 5 fois : 9
- cela n'est jamais arrivé : 16

Seize médecins sur 25 n'ont jamais été amenés à modifier leurs conclusions dans le cadre cité par Thiblin. Ce résultat a de quoi laisser pantois. Comme Moritz le souligne, seul un médecin légiste à temps plein peut se targuer d'un tel résultat. Ce résultat m'a surpris pour deux raisons.

La première était qu'il était assorti d'une clause que je qualifierai « d'infailibilité de principe ». Un médecin ajoutait ainsi en commentaire de la question :

SE *Och kommer inte att hända utan att ny information som ändrar förutsättningarna.*

FR *Et cela ne risque pas d'arriver [que je revoie mon évaluation] en l'absence de nouvelle information qui change les conditions [de l'évaluation].*

Pour ce médecin, par essence, le raisonnement ne pouvait être mis en défaut par lui-même mais seulement s'il avait été réalisé sur des bases incomplètes. Comme pour un jugement qui avait gagné force de loi (laga kraft), la révision n'était possible que par l'irruption de nouveaux éléments.

L'évaluation médico-légale était alors une sentence sans appel.

La deuxième raison est que, en tant que spécialiste en médecine générale, je suis habitué depuis longtemps à être faillible.

La limite du recours à la contre-expertise

Un plaignant, un mis en cause et leurs avocats ne peuvent pas demander en leur nom une contre-expertise à la Direction nationale de la médecine légale de Suède ou à un conseil issu de la Direction nationale suédoise de la santé et des affaires médicales. Seuls la police, le procureur, le juge et les agences nationales* disposent de ce privilège. Les parties peuvent tout au plus financer à leur frais un expert indépendant.

Il m'a été objecté que cette limitation du recours à la contre-expertise était due à une nécessité d'économie et à la conséquence naturelle de la grande confiance que les Suédois témoignaient envers leurs agences nationales.

On peut douter de la validité du premier argument, le surcoût d'une contre-expertise étant très difficile à évaluer. Il faudrait avant tout étudier les conséquences qu'aurait un large accès de celle-ci sur les durées d'emprisonnement, ce dernier paramètre étant source de dépenses très importantes pour la société.

J'émettrai également quelques réserves concernant le second argument où la personne de l'expert rassurerait sur le contenu de l'expertise. Aucune enquête régulière n'a été effectuée sur les institutions judiciaires et sur la Direction nationale de la médecine légale de Suède. Il est par conséquent difficile de faire des extrapolations. En outre, les Suédois étaient peut-être très confiants en leurs agences nationales à la mise en place du « baromètre de confiance » (förtroendebrometer) en 1997 mais ce n'est plus très sûr au regard de l'enquête intitulée *Baromètre de confiance 2014*,

*confiance générale en les institutions, partis politiques, massmedia et entreprises*¹ parue le 6 mars 2014 où un effritement de la confiance est constaté. Des quatre agences nationales étudiées, seule l'Agence des impôts (Skatteverket) obtient 50% de grande confiance. Les autres agences nationales sont bien en-dessous : 18% pour l'Agence suédoise de la sécurité sociale (Försäkringskassan), 14% pour l'Office national suédois des migrations (Migrationsverket) et 11% pour l'Agence suédoise pour l'emploi (Arbetsförmedling). En comparaison, IKEA atteint 59% et Facebook 12%.

Le déplacement du pouvoir normatif du magistrat vers le médecin légiste est-il éthiquement soutenable ?

Le déplacement du pouvoir normatif énoncé semble à première vue hors de tout contrôle par la conjonction de trois éléments : une expertise en pratique non contestée, apparemment quasi-infaillible et une contre-expertise difficile d'accès.

Ce déplacement est-il dans ces conditions éthiquement soutenable et compatible avec la valeur de Justice ? Cette valeur est à mon avis non accessible, on peut seulement tenter de réunir toutes les conditions pour la rendre possible. Je suis plus intéressé par une norme juridique supranationale: le droit au procès équitable énoncé à l'article 6 de la Déclaration Européenne des Droits de l'Homme. Ce droit serait, selon Håkan et Therese Hydén, celui qui est le plus violé par la Suède lorsqu'elle est condamnée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme². Cela ne serait toutefois pas dû à des raisons d'expertise mais à des limitations de l'appel et au manque de Cour constitutionnelle.

La décision judiciaire implique, pour prendre une image française, celle d'Olivier Leclerc, la faculté d'agrégation de dimensions multiples. Cette faculté peut être mise en défaut si l'expert

¹ Sjören, T. (6 mars 2014). Förtroendebarmeter 2014, allmänhetens förtroende för institutioner, politiska partier, massmedier & företag. *Mediaakademin*. Disponible le 21 août 2014 sur le site mediaakademien.se

² Hydén Håkan, Hydén Therese, *Rättsregler: En introduktion till juridiken*, Lund, Studentlitteratur, 2011, p. 121

s'exprime de manière catégorique dans un domaine où l'incertitude scientifique prédomine¹ mais également si le médecin se prononce sur des faits hors de son champ de compétence en se drapant dans les beaux habits de la science.

Théodore Ivainer montre comment on pondère les éléments de preuves en leur attribuant des coefficients en fonction de l'importance qu'on leur accorde². En Suède, on dirait plutôt que les indices et preuves sont désignés après leur examen par différents adjectifs correspondant à leur existence ou à leur non-existence supposées: certain, évident, prouvé, vraisemblable, probable (säkert, uppenbart, styrkt/visat, sannolikt, antagligt). On peut se reporter à ce sujet au schéma de Per Olof Ekelöf.³ Attribuer l'adjectif « certain » ou « évident » à la suite d'un éclairage contestable d'un expert, c'est donc le risque d'aboutir à une mauvaise décision de justice et ainsi à une violation du droit au procès équitable.

Il va donc falloir, au cours de ce travail, déconstruire la façon dont le médecin légiste effectue son évaluation, voir les outils qu'il utilise ainsi que les échelles de langage* qui soutiennent ses conclusions, pour voir si l'expertise médico-judiciaire mérite la confiance qui lui est accordée.

Méthodologie

La méthodologie de cette thèse procède de l'exemple, la plupart du temps issu de mon expérience professionnelle. Elle se rapproche en cela de la logique juridique telle que décrite par Chaïm Perelman en 1979 lorsqu'il cite E. H. Lévi. La logique juridique est une argumentation basée sur des exemples et l'analogie.⁴ Cette définition correspond à la vision que Perelman avait de ce concept à

¹ Leclerc Olivier, *Le juge et l'expert: contribution des rapports entre le Droit et la Science*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 174

² Voir à ce propos Ivainer Théodore, *L'interprétation des faits en droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, livre II, chapitre 4

³ Ekelöf Per Olof, Edelstam Henrik, Heuman Lars, *Rättegång, fjärde häftet*, Stockholm, Norstedts juridik, 2009, p. 200

⁴ [Concernant le raisonnement juridique, terme plus correct que la logique juridique] il s'agit essentiellement

la fin de sa vie quand il a rapproché le terme « logique juridique » de Georges Kalinowski de sa Nouvelle Rhétorique, conçue en 1958 avec Lucie Olbrechts-Tyteca. J'ai conscience, comme le faisait remarquer Perelman lui-même, qu'il n'y a pas de logique juridique tout comme il n'y a pas de logique « chimique » : il n'y a que de la logique appliquée au Droit et à la chimie. Par ailleurs je doute que l'analogie existe vraiment : deux cas ne sont jamais identiques et *comparaison* signifie toujours *approximation*.

Mon raisonnement est en outre infalsifiable car il est orienté : je postule que le médecin légiste doit agir dans le cadre de la loi. Concernant le déplacement du pouvoir normatif en droit, je pars en outre de cas isolés et d'opinions personnelles, non d'études contrôlées. À ma connaissance, de telles études n'existent pas. Ainsi ma méthode n'est pas scientifique si l'on estime que l'épistémologie de Karl Popper n'est pas le meilleur mais l'unique critère pour déterminer ce qui réside dans le domaine de la science. Même si, comme le propose la Nouvelle Rhétorique, mon but est de convaincre le lecteur du bien-fondé de mes opinions, j'ai malgré tout tenté d'examiner les contre-arguments qui m'ont été soumis et ceux que j'ai trouvés dans la littérature.

Certaines des questions que je me suis posées n'ont pas trouvé de réponse satisfaisante, ni dans mon expérience limitée de la médecine légale (neuf ans), ni dans la littérature. J'ai donc demandé conseil à mes confrères/consœurs et à des juristes. Je cite ces derniers lorsqu'ils m'ont donné leur accord.

Le lecteur sera peut-être déçu que ne soient produits, à une exception près¹, que des documents de la Direction nationale de la médecine légale de Suède publics et disponibles sur internet. Aucun document interne n'est examiné, je ne fais pas état des discussions en cours entre médecins légistes. J'ai estimé que mon devoir de réserve l'exigeait.

d'argumentations par l'exemple et l'analogie ». Voir Perelman Chaïm, *Logique Juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2010, p. 5

¹ J'ai choisi de citer un document non disponible sur internet, après autorisation de ma hiérarchie, car il allait à l'encontre de mon raisonnement. Feindre de l'ignorer m'aurait semblé malhonnête.

J'ai choisi de ne pas aborder de manière frontale et en détail des affaires dont les protagonistes me sont proches. Ce choix est particulièrement évident quand j'estime qu'ils ont été traités injustement dans le débat national, voire qu'ils ont fait l'objet de ce qui peut être considéré comme des attaques personnelles, pour reprendre les termes d'Erna Zelmin-Ekenhem¹, ancienne directrice générale de la Direction nationale de la médecine légale de Suède.

Je cite de manière fréquente et extensive mes sources, et ce dans la langue dans laquelle je les ai lues. Cela pourra sembler pour certains alourdir le propos mais c'était selon moi nécessaire. J'ai eu en effet souvent la surprise, en lisant la littérature scientifique, de constater que mon interprétation divergeait de ce que celui qui citait avait compris.

J'ai traduit les textes suédois et anglais, bénéficiant des conseils avisés de Stig Strömholm, en particulier concernant les concepts de droit suédois et les citations d'Axel Hägerström. La traduction en latin est d'Armelle Debru. Les langues sont désignées par leur code international : EN : Anglais ; FR : Français ; LA : Latin ; SE : Suédois. L'astérisque (*) renvoie au glossaire.

Concernant la traduction du suédois vers le français du nom des agences nationales* et des organisations, elle provient du *Livre des noms étrangers des agences nationales*, organisations et titres, organes européens et pays* émis par le ministère suédois des affaires étrangères.² Quand je n'ai pas trouvé de traduction dans le Dictionnaire *Norstedts stora franska*³, j'ai recherché des équivalences sur les textes législatifs et réglementaires du Parlement européen traduits du français au suédois. J'ai enfin utilisé le moteur de recherche Eurovoc sur les conseils du service suédois de la Direction générale de la traduction de la Commission européenne.

Cette thèse n'est pas moralisatrice et n'a pas la vocation à introduire des valeurs en

¹ SE Enskilda medarbetare har hängts ut på så sätt som närmast är att betrakta som personangrepp.
FR Certains employés ont été individuellement traités d'une manière qui est à regarder quasiment comme des attaques personnelles. Zelmin-Ekenhem, E., Sjödin, A.-K., Naess, E. & Rydén, A. (11 novembre 2011). Kritiken mot RMV är felaktig. *Svenska dagbladet*. Disponible le 4 août 2014 sur le site svd.se

² Regeringskansliet/Utrikesdepartement, *Utrikes namnbok Svenska myndigheter, organisationer, titlar, EU-organ och länder på engelska, tyska, franska, spanska, finska och ryska*, 9:e reviderade upplagan, Stockholm, Utrikesdepartement, 2013.

³ Dictionnaire *Norstedts stora franska ordbok*, Stockholm, Norstedt, 2009.

médecine légale. L'idée est plutôt d'identifier, parmi celles qui sont en usage actuellement, celles qui sont en accord avec les conditions nécessaires au respect du droit au procès équitable et celles qui s'en éloignent.

Claude Debru a écrit que l'épistémologie ne peut pas se passer de l'éthique.¹ Pour ma part l'inverse est également vrai. Si l'éthique permet dans cette thèse de poser la question du déplacement du pouvoir normatif du juge vers le médecin légiste en examinant l'interaction entre faits et valeurs, c'est l'épistémologie, assistée de la sociologie, qui peut en mettre à jour les rouages et l'expression.

Après avoir évoqué quelques rappels sur le système pénal suédois et le rôle du médecin légiste en Suède, j'essaierai de situer la place du colloque singulier et de la valeur en médecine légale. Je me demanderai ensuite avec quels outils le médecin légiste fait son évaluation. J'analyserai comment l'utilisation de certains outils et d'une certaine conception de la rationalité peut à la fois déterminer le modèle sociologique dans lequel le médecin légiste se situe en relation avec le tribunal et le type d'échelle de langage* qu'il utilise pour communiquer ses conclusions. Enfin, au terme de ma réflexion, je répondrai à la question de savoir si les pratiques du médecin légiste en Suède sont compatibles avec le droit au procès équitable et je proposerai, en m'appuyant sur des articles publiés en Suède, quels changements il serait souhaitable d'opérer.

¹ « Il n'est pas possible de nos jours de parler de philosophie des sciences sans parler d'éthique, c'est-à-dire, en la matière, de la situation de l'homme par rapport à ce qu'il sait, tout autant que par rapport à ce qu'il ne sait pas, qui est au moins double: ce qu'il sait ne pas savoir, et ce qu'il ne sait pas ne pas savoir, et donc, ou bien qu'il croit savoir (ce qui est bien pire), ou bien qu'il ignore totalement. » Voir Debru Claude, *Georges Canguilhem, Science et non-science*, Paris, Rue d'Ulm, 2004, p. 99

PARTIE 1 : LE MEDECIN LEGISTE DANS LA PROCEDURE JUDICIAIRE SUEDOISE

Cette première partie est destinée au lecteur qui n'est pas familier de la procédure pénale suédoise et de ce qu'est le travail du médecin légiste. Les différents aspects éthiques sont abordés de manière très sommaire, le but étant de donner un panorama des réflexions qui entrent dans le champ de l'éthique médico-légale. Mon propos se concentrera dans la partie suivante sur ce qui se passe à l'intersection faits/valeurs dans l'expertise médico-légale.

A. PROCEDURE PENALE ET MEDECINE LEGALE EN SUEDE

1. LA PROCEDURE PENALE (STRAFFPROCESSEN) SUEDOISE¹

Le médecin légiste est au service de la justice, essentiellement au cours de la procédure pénale qui a pour but de protéger la société contre l'action d'un individu. Il intervient au cours de l'enquête préliminaire et aussi lors du procès.

Enquête préliminaire (förundersökning)

Selon le chapitre 23 du Code de procédure judiciaire suédois (Rättegångsbalk) intitulé *À propos de l'enquête préliminaire* (om förundersökning), une enquête préliminaire doit être diligentée s'il y a une indication ou raison de penser qu'une infraction passible de poursuites a été commise (article 1). Si l'infraction est insignifiante ou si elle ne donne lieu qu'à une amende, la police peut choisir de ne

¹ Ce chapitre est rédigé à partir du livre de Suzanne Wennberg, *Introduktion till straffrätten*.

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

pas en informer le procureur. Il s'agit alors d'une *renonciation au devoir de rapporter* (rapporteftergift)¹. Cela peut s'appliquer si un individu ne présente aucune lésion visible et n'a aucune doléance après une agression mais pas si des blessures corporelles sont conséquentes et à fortiori si un décès est suspect d'avoir été causé par un tiers. Le médecin légiste intervient rarement à ce stade car il n'y a, dans la plupart des cas, rien à constater ou alors un constat de lésions sommaire peut être réalisé par la police.

Une enquête préliminaire est ouverte si l'infraction est rapportée au procureur et que ce dernier ne peut déterminer sur la seule base du rapport de police s'il y a fondement à une inculpation (article 1). Son but est de déterminer si une infraction a pu être commise, qui peut l'avoir commise et s'il a assez de fondements pour envisager des poursuites judiciaires contre la personne suspectée (article 2). Une partie de l'enquête préliminaire consiste en des auditions, par exemple du mis en cause, du plaignant et de témoins s'il y en a. Le médecin légiste peut être sollicité lors de cette étape et notamment examiner d'une part une personne pour donner son avis sur l'origine de lésions (auto-infligées ou non) et d'autre part réaliser une autopsie pour se prononcer sur la cause d'un décès (par maladie ou par l'intervention d'autrui).

S'il apparaît au cours de l'enquête qu'il existe de grandes difficultés à prouver qu'une infraction a eu lieu, le procureur peut renoncer à poursuivre l'enquête (article 4). Il peut également l'interrompre pour des motifs économiques dans le cas où les dépenses encourues ne sont pas proportionnées à l'infraction dans le cas où elle n'est passible que d'une amende (article 4a du Code de procédure judiciaire suédois).

¹ Wennberg Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, Stockholm, Norstedt Juridik, 2011, p. 93

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

Mise en examen (åtal)

L'enquête préliminaire arrive à son terme quand le procureur décide ou non d'engager des poursuites judiciaires contre le(s) mis en cause. Le procureur est tenu d'engager des poursuites si le délit remplit les critères généraux de poursuites et que les rares exceptions concernant une *renonciation à la poursuite judiciaire/ une abstention de poursuite* (åtalsunderlåtelse) ne sont pas applicables (article 3 du chapitre 20 du Code de procédure judiciaire suédois).¹ Le procureur doit par ailleurs évaluer si l'inculpation est appropriée, par exemple lorsque des enfants sont mis en cause. L'examen du caractère approprié de l'inculpation (lämplighetsprövning) est à différencier de l'abstention d'inculpation (åtalsunderlåtelse) pour des raisons prévues par la loi.

Au lieu d'inculper un (des) suspect(s), le procureur a la possibilité dans les cas simples de rendre une ordonnance pénale (strafföreläggande) et de proposer au(x) mis en cause une amende.²

Garde à vue (anhållande) et détention provisoire (häktning)

La restriction de liberté du mis en cause peut s'avérer nécessaire. On distingue la garde à vue (anhållande) de la détention provisoire (häktning).

La décision de placement en garde à vue (anhållande) est faite par le procureur seul, et ce sans jugement préalable. C'est pour cette raison que la garde à vue est par nature de courte durée. C'est en revanche un juge qui doit prendre la décision de détention provisoire (häktning) après un jugement concernant la dite détention.³ Pour que la détention soit prononcée, il est nécessaire qu'il y ait un risque que le suspect tente de se soustraire à la procédure engagée à son encontre, détruise

¹ Rättegångsbalk (1942:740) 20:3

² Rättegångsbalk (1942:740) 48:2

³ Wennberg Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, Stockholm, Norstedt Juridik, 2011, p. 97

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

une preuve, complique l'enquête ou poursuive le délit pour lequel il est poursuivi.¹ Une telle décision peut faire l'objet d'un appel près la Cour d'appel (hovrätt).²

La requête en assignation (ansökan om stämning)

Le procès ne peut survenir qu'après que le procureur a engagé, ou dans certains cas que le plaignant a fait engager, des poursuites judiciaires. C'est une conséquence du *principe accusatoire* (ackusatoriska principen) qui implique que le procès est organisé comme une confrontation entre deux parties égales, le procureur et l'accusé (den tilltalade), devant un juge impartial.

L'opposé du principe accusatoire est le *principe inquisiteur* (inkvisitoriska principen) qui implique que le juge fonctionne également comme un procureur et ne peut donc pas être considéré comme un arbitre impartial dans une confrontation entre deux parties égales.³

Les poursuites judiciaires sont engagées quand le procureur effectue par écrit une *requête en assignation* (ansökan om stämning) du mis en cause auprès du tribunal.⁴ Le tribunal n'examinera pas d'autre(s) infraction(s) que celle(s) pour laquelle (lesquelles) la procédure est conduite.⁵ Le chef d'inculpation signifié ne peut pas en effet être modifié même si des ajustements sont possibles.⁶ Le tribunal n'est toutefois jamais lié par la qualification de l'infraction et des suites judiciaires que le procureur réclame.⁷

¹ Rättegångsbalk (1942:740) 24:1

² Wennberg Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, Stockholm, Norstedt Juridik, 2011, p. 100

³ Wennberg Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, Stockholm, Norstedt Juridik, 2011, p. 103

⁴ Rättegångsbalk (1942:740) 45:1

⁵ Rättegångsbalk (1942:740) 30:3

⁶ Rättegångsbalk (1942:740) 45:5

⁷ Wennberg Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, Stockholm, Norstedt Juridik, 2011, p. 104

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

2. LE PROCES (HUVUDFÖRHANDLING)

Phase initiale jusqu'à l'intervention de l'expert

Selon le *principe du contradictoire* (kontradiktoriska principen), aucun inculpé ne peut être condamné sans avoir été entendu. Le procès, ou comme on l'appelle la *séance principale* (huvudförhandling), est en règle générale public. Il doit être oral, c'est-à-dire que les parties ne doivent pas se contenter de lire des textes écrits.¹ Le *principe d'immédiateté* (omedelbarhetsprincipen) implique que les preuves doivent être présentées dans un ensemble cohérent et que le jugement ne doit se baser qu'à partir de ce qui a été présenté au cours du procès.²

La séance principale débute par l'intervention du procureur qui présente ses revendications en lisant la description de l'infraction pour laquelle l'inculpé est poursuivi. Ce dernier est invité à donner son point de vue et les bases sur lesquelles celui-ci repose. La plaidoirie se déroule ensuite de telle manière que le procureur décrit de manière très détaillée l'infraction. On dit qu'il développe sa cause (utvecklar sin talan). Puis le plaignant, qui ne prête jamais serment, est entendu et invité à raconter ce qui s'est selon lui passé. Puis l'inculpé ou son défenseur donne sa version des faits. L'inculpé répond ensuite aux questions du procureur, de l'avocat du plaignant et de son défenseur. L'étape suivante est la mise en avant des différentes preuves. Des interrogatoires sont menés avec les témoins et on présente les preuves écrites.³ C'est à ce moment qu'un ou plusieurs expert(s) peu(ven)t également être amené(s) à témoigner.

Avant d'aborder l'intervention du médecin légiste, il est important d'examiner quel est son statut.

¹ Rättegångsbalk (1942:740) 46:5

² Wennberg Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, Stockholm, Norstedt Juridik, 2011, p. 104

³ Rättegångsbalk (1942:740) 46:6

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

Intervention de l'expert (sakkunnig)

Le médecin légiste : témoin, témoin-expert ou expert ?

La différence entre témoin et expert est très bien expliquée par Roberth Nordh. Je me permets par conséquent de le citer *in extenso* :

SE Något förenklat kan sägas att förhör med den som har gjort iakttagelser av direkt betydelse för om en händelse har inträffat eller inte har inträffat, ska ske i form av vittnesförhör. Detta bör gälla även i den delen personen hörs om sina egna slutsatser av iakttagelserna, och då oberoende av om dessa slutsatser grundas på kunskap om allmänna eller särskilda erfarenhetssatser. Om däremot förhöret endast avser de slutsatser som gjorda iakttagelser föranleder, ska den hörde normalt betraktas som sakkunnig. [...] Termen sakkunnigt vittne som ibland förekommer bör förbehållas just de situationer då ett vittne på grund av sina särskilda kunskaper kan uttala sig säkert om slutsatserna av sina iakttagelser än den som måste grunda sina slutsatser enbart på allmän livserfarenhet och dylikt.

FR D'une manière simplifiée on peut dire que l'audition de celui qui a fait des observations qui ont une importance directe sur un événement qui s'est produit ou qui ne s'est pas produit doit se dérouler sous la forme d'une audition de témoin. Cela devrait même être le cas quand la personne est entendue sur ses propres conclusions de ses observations, et cela alors indépendamment que les conclusions soient fondées sur un savoir acquis au cours d'expériences générales de la vie ou des expériences particulières. Si en revanche l'audition ne concerne que les conclusions que les observations ont engendrées, alors la personne entendue devra être considérée comme expert. [...] Le terme de témoin-expert qui apparaît parfois devrait être réservé pour les situations où un témoin du fait [des] connaissances particulières [qu'il a acquises], peut s'exprimer avec certitude sur les conclusions de ses observations et non à celui qui base ses conclusions seulement à partir des expériences générales de la vie et assimilé.¹

¹ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 92

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

Le médecin légiste est un témoin car il met à jour des faits, identifiant et photographiant des lésions. Il ne fait pas qu'interpréter des éléments apportés par autrui. Au vu de ses connaissances particulières, il est également un témoin-expert. En revanche, s'il n'est interrogé que sur ses conclusions, il sera considéré comme expert. C'est d'ailleurs essentiellement dans ce dernier cadre que Roberth Nordh place le médecin légiste, même s'il estime que le statut de ce dernier varie en fonction du but de son intervention dans la procédure :

SE Det innebär att t.ex. en rättsläkare, experter från Statens kriminaltekniska laboratorium [...] i de flesta fall bör höras som sakkunniga och inte vittnen. [...] Som exempel kan nämnas att en rättsläkare ska höras om dels de skador som iakttagits på brottsoffret, dels om hur skadorna kan ha orsakats. [...] I sådant fall bör frågan om personen ska höras som vittne eller sakkunnig avgöras med hänsyn till vad som är huvudsakliga syftet med förhöret.

FR Cela signifie par exemple qu'un médecin légiste ou [encore] des experts du laboratoire national suédois de la police scientifique [...] dans la plupart des cas seront entendus comme experts et non comme témoins. [...] Comme exemple on peut citer le médecin légiste qui sera entendu d'une part pour les lésions qu'il aura observées sur la victime, d'autre part sur la façon dont les lésions ont pu survenir. [...] Dans un tel cas la question de savoir si la personne sera entendue comme témoin ou comme expert devra être tranchée eu égard au but principal de l'audition [c'est-à-dire si l'accent est mis sur les observations faites ou plutôt leurs interprétations].¹

Il ne semble pas toutefois crédible que le médecin légiste puisse s'exprimer sur ses conclusions sans mobiliser les faits sur lesquels elles se basent. Il est par conséquent à considérer comme expert si ses conclusions sont entendues de manière préférentielle et non pas exclusive par rapport aux faits qu'il a mis à jour.

Le cas où une partie s'appuie sur une aide technique (tekniskt biträde) ne concerne pas le médecin

¹ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 93

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

légiste.¹ Les médecins légistes en activité au sein de la Direction nationale de la médecine légale de Suède, employés par l'État, n'ont pas en effet vocation à intervenir en soutien aux parties.

Principe de subsidiarité et mise en variation des éléments de preuve

Aspects généraux

L'expert peut être amené à prendre part au procès s'il y a une question « dont l'évaluation nécessite des connaissances particulières »², ce qui signe la subsidiarité de son intervention. Il sera néanmoins disqualifié s'il entretient un rapport dans l'affaire ou envers les parties de telle façon que sa fiabilité peut être amoindrie.³ Les circonstances qui pourraient lui être utiles pour la réalisation de sa mission doivent faire l'objet d'une enquête.⁴ L'expert est par ailleurs tenu d'indiquer les raisons et les circonstances qui ont été à la base de son évaluation.⁵

L'expert qui a rendu un rapport écrit pourra être entendu au cours du procès si une des parties le réclame et que son intervention ne manque pas de manière évidente de pertinence et si le tribunal le juge nécessaire.⁶ L'intervention de l'expert n'a pas pour but d'apporter des observations supplémentaires mais plutôt d'aider le tribunal à évaluer celles qui ont déjà été présentées par les parties en présence.⁷

Contrairement à la France, rien dans le Code de procédure judiciaire suédois ne limite l'expert à la

¹ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 91

² Rättegångsbalk (1942:740) 40:1

³ Rättegångsbalk (1942:740) 40:2

⁴ Rättegångsbalk (1942:740) 40:5

⁵ Rättegångsbalk (1942:740) 40:7

⁶ Rättegångsbalk (1942:740) 40:8

⁷ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 91

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

factuel. La question de la limitation à la factuel de l'expert n'a d'ailleurs pas de sens en médecine légale suédoise puisque les faits et leur interprétation sont intimement liés. Le médecin légiste est donc libre d'établir des conclusions. Il y est même de toute évidence invité.

Cela doit se faire en respectant le principe de subsidiarité, c'est-à-dire que le médecin légiste doit apporter un supplément d'information pour justifier son intervention, au moins un fait utile ou une connaissance qui seront mis à la disposition du juge. Dans le cas contraire, il n'a selon moi aucune légitimité à intervenir. Quand le *standard Frye*¹ estime que l'expert ne doit pas utiliser des expériences/connaissances communes mais des expériences/connaissances spéciales, il me semble qu'il est également dans le cadre d'une intervention légitime de l'expert par subsidiarité. Le standard Frye sera abordé plus loin pour définir l'élément de preuve scientifique admissible au cours d'une procédure judiciaire.

Il découle du principe de subsidiarité que le tribunal doit pouvoir évaluer les outils utilisés par le médecin légiste pour rendre ses conclusions. Ceux-ci doivent donc être explicites. C'est pour cela que l'expert est tenu d'indiquer les raisons et les circonstances qui ont été à la base de son évaluation.² Il ressort de cette règle que le tribunal est tenu d'évaluer les éléments de preuve présentés par l'expert. Comme l'écrit Roberth Nordh :

SE Ett sakkunnigutlåtande ska utöver de slutsatser som den sakkunnige har dragit av det material han eller hon studerat, också ange de skäl och omständigheter på vilka slutsatserna grundats. Det ska vara möjligt för domstolen och parterna att kritiskt granska både slutsatser och de erfarenhetssatser som den sakkunnige använt som stöd för sin bedömning. Att domstolen förordnat en sakkunnig innebär inte att domstolen kan undandra sig att göra en egen värdering av processmaterialet.

¹ Enseignements liés à l'arrêt *Frye contre États-Unis* rendu le 3 décembre 1923 par la Cour d'Appel du district de Colombia. Voir *Frye v. United States*. 293 F. (D.C.. Cir 1923)

² Rättegångsbalk (1942:740) 40:7

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

FR *Un rapport d'expertise devra, outre les conclusions que l'expert a tirées du matériel qu'il ou qu'elle a étudié, donner également les raisons et les circonstances sur lesquelles les conclusions sont basées [Nordh cite ici l'article 7 du chapitre 40 du Code de procédure judiciaire suédoise]. Il doit être possible pour le tribunal et les parties d'évaluer de manière critique à la fois les conclusions et les kits d'expérience [c'est-à-dire les éléments d'expérience personnelle] que l'expert a utilisés en soutien à son évaluation. Que le tribunal ait ordonné un expert n'implique pas que le tribunal doive s'abstenir de faire sa propre évaluation des éléments de preuve.*¹

Noyade vitale et principe de subsidiarité

Je vais prendre un exemple où, selon moi, le médecin légiste ne doit pas déroger au principe de subsidiarité, et ce même si cela peut paraître surprenant.

J'ai réalisé une autopsie où un adulte était resté, selon un témoin, plus de trente minutes sous l'eau. Il y a certains signes à l'autopsie qui sont autant d'indication de noyade vitale, par exemple quand les poumons se touchent (ce qu'ils ne font pas normalement) et quand il y a de l'eau dans l'estomac. Les signes histologiques – c'est-à-dire l'étude des tissus vus au microscope – ne permettaient pas d'établir le diagnostic. La longue réanimation prodiguée au défunt à l'hôpital ayant duré environ 100 minutes, avait enlevé tous ces signes : aspiration de l'eau de l'estomac, perte de l'aspect globuleux des poumons. Le diagnostic de noyade vitale, facile à établir d'habitude, avait été, du fait de la longue réanimation, projeté au-delà de l'horizon de la médecine légale et était ainsi devenu inaccessible. Seul un élément de l'enquête, l'unique témoignage oculaire, pouvait permettre de l'établir. Il s'agissait toutefois d'éléments hors de ma portée car je n'avais pas la capacité à contrôler la véracité du témoignage. Le témoin avait peut-être étouffé le défunt sans laisser de marques sur celui-ci. Il l'avait peut-être jeté dans l'eau alors qu'il était déjà décédé. J'ai donc conclu que, aux seuls regards des éléments de l'autopsie, la cause de décès était inconnue. J'ai précisé que

¹ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor; om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 96

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

si l'homme repêché était mort par noyade vitale, l'autopsie ne pouvait pas le mettre en évidence.

Le fait pour un adulte de rester sous l'eau trente minutes sans assistance (par exemple sans aide de bouteilles d'air comprimé) excède les capacités humaines. Si le témoignage oculaire était crédible, la police et le procureur en auront tiré la conclusion que la cause de la mort était la noyade, aidés en cela par le fait que l'autopsie n'avait pas identifié d'autre cause de décès et que le diagnostic de noyade était impossible à établir.

Une autre attitude que j'aurais pu adopter était de conclure à la noyade comme cause de décès mais en faisant comprendre à la police et au magistrat que le principe de subsidiarité n'était pas respecté. Je n'utilisais pas en effet de fait nouveau (pas d'élément en faveur de la noyade) ni de connaissance nouvelle (ne pas pouvoir respirer pour un adulte 30 minutes sous l'eau fait partie des connaissances générales). J'aurais pu m'exprimer ainsi : « La cause de décès reste inconnue après la réalisation de l'autopsie mais si on considère les circonstances de manière isolée (le défunt étant resté 30 minutes sous l'eau), il s'agit d'une noyade vitale si la personne n'était pas déjà décédée au moment de son entrée dans l'eau ».

Toutes ces précisions ressembleront pour certains à de la casuistique. Il existe toutefois un réel danger que le médecin légiste entérine le diagnostic de noyade vitale en se basant uniquement sur des circonstances mais sans le dire. Le danger est que le médecin légiste laisse à penser à la police et au magistrat qu'il existe des faits tangibles de noyade à l'autopsie alors qu'il n'y en a pas, « confirmant » alors le seul témoignage oculaire mais sans aucun fondement.

Un entomologiste suédois m'a rapporté le cas du seul témoin oculaire ayant vu une personne en vie quelques jours avant que son cadavre ne soit retrouvé. Les dires de ce témoin étaient incompatibles avec la présence d'insectes retrouvés sur le corps du défunt (les escouades d'insectes présentes montraient un délai de décès beaucoup trop long) et il s'est avéré que le témoin-clé était le meurtrier. J'ai appris ainsi à considérer avec précaution un témoignage isolé. Le travail du médecin

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

légiste ne consiste pas, selon moi, à laver de tout soupçon les dires d'un témoin simplement parce qu'il veut bien le croire.

On raisonnera de même pour le surdosage médicamenteux. Si une lettre d'adieu est retrouvée près du défunt, le médecin légiste laissera au soin à la justice d'établir si celle-ci est authentique. Il ne fera pas croire au procureur qu'il peut, à partir des seules données de l'autopsie, extraire l'intentionnalité du surdosage médicamenteux. Lorsque la Direction nationale de la médecine légale de Suède estime que « l'évaluation d'une interprétation/conclusion [d'un expert] est une question purement scientifique » (soit en suédois : *Bedömningen av en tolkning/slutsats är däremot en rent inomvetenskaplig fråga*)¹, on est en effet tenté de penser que le médecin légiste est censé utiliser de la « science pure » et non des faits hors de la portée de celui-ci et totalement indépendants de son exercice.

Déroulement et fin du procès après l'intervention de l'expert

La procédure est caractérisée par le *libre apport de preuves* (*fri bevisföring*) - qui implique qu'il n'y a pas de limitation s'agissant du type de preuve qui peut être présentée - et la *libre évaluation des preuves* (*fri bevisvärdering*) par le tribunal.² Le procureur et le défenseur abordent à la fois la question de la culpabilité et celle des suites judiciaires. Les parties présentent enfin les éventuelles demandes de frais de justice³ avant que le juge professionnel et les juges non professionnels (*nämndemän*)⁴ ne se retirent pour une délibération à huis clos.⁵

¹ Rättsmedicinalverket. (mai 2006). *Rättsmedicinalverkets interna föreskrifter och riktlinjer Nr 2006-05, Rättsläkarens roll i rättsprocessen*. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se

² Rättegångsbalk (1942:740) 35:1

³ Rättegångsbalk (1942:740) 31:9

⁴ Traduction obtenue par l'anglais *lay judge*, transposition de *lekmannadomare*, synonyme de *nämndeman*.

⁵ Rättegångsbalk (1942:740) 30:7

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

Pour qu'une condamnation soit prononcée, il faut que le *principe de couverture* (täckningsprincipen) soit respecté. Ce principe implique qu'une infraction comporte deux dimensions, une objective et une subjective, et que les deux dimensions doivent se couvrir mutuellement pour que l'infraction soit constituée. Pour que le mis en cause puisse être condamné pour une infraction, il faut donc que soient constitués des éléments subjectifs appelés *éléments de responsabilité personnelle* (rekvisit för personligt ansvar), c'est-à-dire une nécessité de *dessein* (uppsåt, dolus) ou de *négligence/faute* (oaktsamhet/culpa) ». ¹

Arrêtons-nous un instant sur la notion de dessein. Elle est à distinguer de l'intention et se divise en trois catégories. Le *dessein direct* (direkt uppsåt) est aussi appelé *dessein intentionnel* (avsiktsuppsåt) et rejoint l'action directement intentionnelle. Le dessein indirect (indirekt uppsåt, dolus indirectus) consiste en ce que l'auteur de l'infraction a conscience qu'un effet va se produire comme une conséquence de l'action qu'il mène sans qu'il recherche cet effet, que ce soit en but final ou en tant que moyen pour parvenir à ses fins. L'*indifférence par rapport aux conséquences de l'acte* (likgiltighetsuppsåt) est présente lorsque l'auteur des faits s'est rendu compte du risque que l'effet se réalise et qu'il a été indifférent vis-à-vis de la réalisation de cet effet. ²

Le jury est composé en règle générale d'un juge professionnel et de juges non professionnels. Lorsqu'il y a une inculpation pour des infractions d'une particulière gravité, le juge professionnel est assisté de cinq juges non professionnels. Au cours du vote, vaut l'avis qui reçoit le plus de voix. S'il y a le même nombre de voix, par exemple un juge professionnel et un juge non professionnel contre deux juges non professionnels, c'est la peine la moins lourde qui est prononcée. ³ Concernant certaines questions, c'est le juge professionnel qui a une voix prépondérante.

¹ Wennberg Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, Stockholm, Norstedt Juridik, 2011, p. 31

² Wennberg Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, Stockholm, Norstedt Juridik, 2011, p. 32

³ Rättegångsbalk (1942:740) 29:3

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

Le jugement et l'inculpation sont régis par le *principe de légalité* (legalitetsgrundsatsen) : pas de crime sans loi (nullum crimen sine lege) et pas de peine sans loi (nulla poena sine lege).¹

Deux autres principes en découlent :

- *In dubio pro reo* : le doute profite à l'accusé. L'équivalent suédois est *Il vaut mieux libérer [un coupable] que condamner [un innocent]*² (Bättre fria än fälla).
- *In dubio mitius* : en cas de doute, la préférence doit être accordée à l'interprétation la plus clémente pour le mis en cause.

Le jugement d'un tribunal de première instance peut être contesté par les parties auprès d'une Cour d'appel et le jugement de la Cour d'appel peut être lui-même contesté auprès de la Cour suprême de Suède (högsta domstolen).³

Pour se pourvoir en cassation il faut que la partie agissant obtienne une *autorisation de pourvoi* (prövningstillstånd), c'est-à-dire que la demande soit jugée recevable. Elle peut l'obtenir s'il importe que la Cour suprême se prononce sur une question de droit dans le cas examiné pour fournir une orientation aux tribunaux de première instance et d'appel qui sont en désaccord sur la même question de principe.⁴ En revanche la Cour suprême déclare le pourvoi irrecevable si la question cruciale dans le cas d'espèce est liée à une évaluation des preuves.

Il apparaît donc de cette organisation entre les Cours de différents degrés que la justice suédoise sépare les questions de faits et les questions de droit.⁵ Cette distinction est malgré tout essentiellement méthodologique puisque, comme le souligne Habermas, s'exprimant au sujet du droit civil allemand, jugements de faits et jugements de droit présentent une relation circulaire :

¹ Regeringsformen (SFS 1974:152) 2:10

² Ce principe était déjà énoncé en 1748 par Voltaire. Voir Voltaire (Arouet François-Marie dit), *Zadig ou la destinée*, Paris, Larousse : Petits Classiques, 2006.

³ Wennberg Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, Stockholm, Norstedt Juridik, 2011, p. 106

⁴ Rättegångsbalk (1942:740) 54:10

⁵ Wennberg Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, Stockholm, Norstedt Juridik, 2011, p. 23

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

*« La séparation des questions de fait et de droit [est] méthodologiquement présupposée » même s'il y a une « relation circulaire entre les normes juridiques et les états de choses, et entre les variantes d'interprétation et les relations de faits ».*¹

Le jugement est définitif lorsqu'il a gagné force de loi (laga kraft), c'est-à-dire quand il ne peut plus être contesté par recours légal du fait que le délai pour l'appel a expiré. Une exception existe s'agissant de la condamnation à une peine de probation. Une telle mesure est effective en règle générale immédiatement, le délai de probation courant avant même que le jugement envers le condamné ait gagné force de loi.²

Infractions pouvant entraîner l'intervention du médecin légiste

Si une infraction pénale pouvant entraîner des lésions corporelles et/ou la mort est suspectée d'avoir été commise, la police et/ou le procureur peu(ven)t faire appel au médecin légiste. La présence ou l'absence de dessein* permet de classer ces différentes infractions.

Infractions avec dessein (uppsåtliga brott)

Meurtre (mord)

Selon l'article 1 du chapitre 3 du Code pénal suédois « celui qui prive autrui de la vie sera

¹ Habermas Jürgen, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 259

² Brottsbalk (SFS 1962:700) 28:5

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

condamné pour meurtre ».¹ Une des trois catégories de dessein (indirect, indirect, indifférent) est requise.

Homicide volontaire avec circonstances atténuantes (dråp)

Une autre infraction appelée *homicide volontaire avec circonstances atténuantes* (dråp) est définie à l'article 2 du chapitre 3 du Code pénal suédois comme un homicide avec dessein qui, notamment au vu des circonstances entourant la réalisation de l'infraction, est estimé de moindre gravité que le meurtre (mord)². C'est le cas d'un meurtre par miséricorde (barmhärtighet).

Maltraitance

Le délit de maltraitance est décrit à l'article 5 du chapitre 3 du Code de procédure pénale suédois comme le fait qu'une personne inflige à une autre personne des lésions corporelles, maladie, douleur ou lui procure un sentiment d'impuissance.³ Comme le précise Suzanne Wennberg, « il n'y a pas de limitation concernant la façon dont la maltraitance est occasionnée. C'est en fait l'effet qui définit l'infraction ».⁴

¹ Brottsbalk (SFS 1962:700) 3:1

² Brottsbalk (SFS 1962:700) 3:2

³ Brottsbalk (SFS 1962:700) 3:5

⁴ Wennberg Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, Stockholm, Norstedt Juridik, 2011, p. 49

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

Grave atteinte à l'intégrité de la femme (grov kvinnofridskränkning) et grave atteinte à l'intégrité (grov fridskränkning)

Le délit de *grave atteinte à l'intégrité de la femme* est défini à l'article 4a du chapitre 6 du Code pénal suédois : « Un homme qui s'est rendu coupable de maltraitance ou de crime sexuel à l'encontre de sa femme ou de sa compagne, ce qui a été à l'origine d'une atteinte répétée à l'intégrité de celle-ci, est condamné pour un seul délit, celui de *grave atteinte à l'intégrité de femme* »¹.

Si la victime est un homme, le délit est qualifié de *grave atteinte à l'intégrité* (grov fridskränkning).

Viol (våldtäkt)

Le viol constitue par tradition une catégorie de délit en soi. Selon le premier article du chapitre 6 du Code pénal suédois², le viol est constitué quand quelqu'un, homme ou femme, contraint une autre personne, homme ou femme, à des rapports sexuels ou une pratique sexuelle comparable par maltraitance, violence, menace ou par une action délictueuse.³

La violence et la menace ne sont pas requises dans un certain nombre de situations, par exemple quand le délit est commis envers une personne qui se trouve dans une situation de dépendance ou envers un mineur de 15 ans.

¹ Brottsbalk (SFS 1962:700) 4:4a

² Brottsbalk (SFS 1962:700) 6:1

³ Wennberg Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, Stockholm, Norstedt Juridik, 2011, p. 51

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

Infraction sans dessein (icke uppsåtliga brott)

Homicide involontaire par négligence (vållande till annans död)

Selon l'article 7 du chapitre 3 du Code pénal suédois, « celui qui par négligence entraîne la mort d'autrui [sans intention de la donner] est condamné pour homicide involontaire par négligence (vållande till annans död).¹ Comme le précise Suzanne Wennberg, « il faut en d'autres termes que la négligence d'autrui ait occasionné un effet ».²

Provocation de lésion corporelle ou de maladie (vållande till kroppsskada eller sjukdom)

Selon l'article 8 du chapitre 3 du Code pénal suédois, « celui qui par négligence entraîne pour autrui lésion corporelle ou maladie qui ne sont pas de peu d'importance est condamné pour provocation de lésion corporelle ou de maladie.³

Après ces quelques notions de droit pénal suédois, je vais décrire tout d'abord par quel parcours on devient médecin légiste. J'évoquerai ensuite l'organisation et les activités de la médecine légale en Suède, les attributions du médecin légiste ainsi que quelques conflits éthiques auxquels il a à faire face dans le cadre de sa pratique.

¹ Brottsbalk (SFS 1962:700) 3:7

² Wennberg Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, Stockholm, Norstedt Juridik, 2011, p. 37

³ Brottsbalk (SFS 1962:700) 3:8

B. LA MEDECINE LEGALE EN SUEDE

1. FORMATION INITIALE

Le médecin légiste suit en Suède un circuit universitaire pour valider l'équivalent français des premier et deuxième cycles d'études médicales. L'équivalent du troisième cycle se déroule au sein de la Direction nationale de la médecine légale de Suède (Rättsmedicinalverket).

L'enseignement de la médecine en Suède se divise en trois périodes successives : la formation initiale (grundutbildning) qui dure 5 ans et demi, le service général (allmäntjänstgöring) qui dure entre 18 et 21 mois et le service spécial (specialtjänstgöring) qui dure au moins 5 ans. Après la validation de la formation initiale puis du service général, l'étudiant obtient une licence pour pratiquer la médecine (läkarlegitimation) auprès de la Direction nationale suédoise de la santé et des affaires médicales (Socialstyrelsen). L'enseignement de la médecine est pratiqué en Suède à l'Institut médical Karolinska à Solna et dans les universités de Göteborg, Linköping, Lund, Umeå, Uppsala et Örebro.

Lorsqu'un médecin désire effectuer un service spécial d'au moins cinq ans en vue de devenir médecin légiste, il doit obligatoirement être employé par la Direction nationale de la médecine légale de Suède (Rättsmedicinalverket). Il s'agit d'une agence nationale* ayant le monopole de l'exercice de la médecine légale et placée, comme la police et le laboratoire national suédois de la police scientifique, sous la tutelle du ministère de la justice.

Le médecin non spécialiste doit alors suivre un plan individualisé de formation comportant vingt objectifs. Ceux-ci ont été définis par la Direction nationale suédoise de la santé et des affaires médicales (Socialstyrelsen) dans sa *circulaire SOSFS 2008 : 17 réglementant le service spécial des*

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

*médecins*¹ en accord avec la Société suédoise de médecine légale (Svensk Rättsmedicinsk Förening). Il est aidé dans ses démarches par un référent (handledare), médecin légiste spécialiste du service où il travaille et par deux directeurs pédagogiques. On citera parmi les vingt objectifs à atteindre : exercer dans au moins deux services de médecine légale suédois sur une période minimale de 3 ans et demi, effectuer au moins cent examens corporels (activité improprement dénommée *examen de corps*, kroppsundersökning²), effectuer au moins 50 expertises sur dossier (yttrande), au moins 400 autopsies médico-légales dont au moins dix où un meurtre est fortement suspecté. Le médecin est encouragé à s'occuper de cas difficiles. Il est assisté dans toutes les expertises qu'il réalise d'un médecin spécialiste expérimenté qui le conseille, discute avec lui et contre-signé tous les rapports. Les cas problématiques sont discutés par l'ensemble des médecins du service. Ceux qui ont donné lieu à des difficultés sont rapportés au cours de réunions.

De nombreux cours sont organisés par l'employeur : toxicologie médico-légale, informatique, photographie (le médecin légiste étant chargé de documenter les lésions qu'il décrit dans son rapport), histologie médico-légale (étude des tissus au microscope), techniques autopsiques, criminologie, philosophie des sciences, méthodologie de la recherche scientifique, éthique médicale, génétique médico-légale, notions de droit nécessaires au médecin légiste dans son activité, odontologie médico-légale, identification lors de catastrophes, détermination du délai entre le décès et l'examen du cadavre, cours de leadership (ledarskap) etc... Des déplacements à des congrès internationaux où le médecin est encouragé à participer de manière active (intervention orale, poster) sont pris en charge. Des cours particuliers de suédois médical sont dispensés aux médecins non suédophones sur leur temps de travail. Un stage en service d'anatomopathologie (de 6 à 12 mois) est obligatoire, au cours duquel au moins 750 expertises et 40 autopsies scientifiques

¹ SOSFS (2008:17) - Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om läkarnas Specialiseringstjänstgöring (senast ändrad: t.o.m. SOSFS 2012:8)

² Cette activité est improprement dénommée « examen de corps » car l'examen de corps se rapporte à la thanatologie. C'est l'examen corporel qui se rapporte au vivant.

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

doivent être réalisées. Un stage auprès du laboratoire national suédois de police scientifique (Statens kriminaltekniska laboratorium) est également nécessaire pour être spécialiste, tout comme il faut finaliser un projet qualité et un projet scientifique, enseigner au moins 20 heures à l'université et faire au moins 25 heures de démonstration d'autopsie auprès d'étudiants (médecins, infirmières, physiothérapeute...).¹ Le médecin doit également montrer qu'il a acquis au cours de sa formation la capacité à évaluer la qualité et les limites d'un article scientifique.

Je vais à présent aborder l'historique et les missions de l'agence nationale* permettant au médecin de devenir spécialiste en médecine légale.

2. UNE INSTITUTION : LA DIRECTION NATIONALE DE LA MEDECINE LEGALE DE SUEDE (RÄTTSMEDICINALVERKET)

Histoire²

Contrairement aux services de médecine légale français, à l'exception notable de l'Institut médico-légal de Paris, qui sont dépendants des hôpitaux et sans lien de subordination avec le ministère de la Justice, les services suédois sont regroupés sous le monopole d'une agence nationale, la Direction nationale de la médecine légale de Suède. Elle a été créée le premier juillet 1991 par le rassemblement de trois activités : la médecine légale, la chimie médico-légale et la génétique médico-légale. Auparavant placées sous la tutelle de la Direction nationale suédoise de la santé et

¹ Il ne s'agit toutefois pas d'une autopsie complète. Les organes du cou et du tronc sont sortis en un seul bloc et le cerveau est extrait de la calotte crânienne. C'est à partir de cette étape que la démonstration commence. Il ne s'agit donc pas non plus d'une simple présentation de cadavre (likvisning).

² Résumé élaboré à partir de Ramner Lennart, *Kvalitetsarbete inom svensk rättsmedicin i en internationell jämförelse*, RMV-rapport 2011:2, Stockholm, Rättsmedicinalverket, 2011, p. 20

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

des affaires médicales (Socialstyrelsen), elles formaient ainsi une nouvelle agence nationale. Les six antennes de médecine légale du pays (Göteborg, Linköping, Lund, Stockholm, Umeå et Uppsala) devenaient alors des services de médecine légale. Il a été rajouté à cette nouvelle entité l'activité de psychiatrie médico-légale le 1er octobre 1991. Durant dix ans elle allait être sous la tutelle du ministère des Affaires sociales avant d'être placée en 2001 sous celle du ministère de la Justice.

Missions et activité en 2013

La mission pour la division *médecine légale* de la Direction nationale de la médecine légale de Suède est définie dans son rapport d'activité 2013 en ces termes :

La division [médecine légale] doit répondre aux besoins des donneurs de mission de telle sorte que l'apport de la médecine légale en soutien de l'enquête soit exploitable par les agences nationales qui combattent les infractions.¹*

Les missions de la Direction nationale de la médecine légale de Suède concernant la division « médecine légale » définies par le règlement (2007 :976)² sont les suivantes :

- « effectuer les autopsies médico-légales et les autres examens médico-légaux
- émettre des rapports d'expertise tels que définis par la loi (2005:225) réglementant les certificats médico-légaux en lien avec une infraction³
- intervention à la demande du tribunal, de l'administration régionale, du procureur et de la police
- procurer de l'information dans son domaine de compétence aux autres agences nationales* ainsi qu'aux particuliers,
- collaboration internationale dans son domaine de compétence,

¹ Rättsmedicinalverket. (21 février 2014). *Årsredovisning 2013*. Dnr X13-90112. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se, p. 28

² Förordning (2007:976) med instruktion för Rättsmedicinalverket (SFS 2007:976, uppdaterad: t.o.m. SFS 2013:802)

³ Lag (2005:225) om rättsintyg i anledning av brott (SFS 2005:225, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:651)

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

- *développement du travail et soutien aux activités de recherche d'importance pour la division médecine légale.*

La Direction nationale de la médecine légale de Suède a également le droit d'effectuer une mission dans le cadre de son domaine de compétence si cela est possible [par exemple en aidant d'autres agences nationales].*

La Direction nationale de la médecine légale de Suède, en relation avec la division « médecine légale », est également chargée de l'activité d'odontologie médico-légale, en premier lieu pour l'identification de personnes décédées par l'analyse dentaire. (...) L'activité quotidienne inclut également la collaboration avec Interpol dans l'identification de personnes décédées non identifiées à l'étranger ainsi que les étrangers disparus sur le territoire suédois.»¹

Il existe par ailleurs à Uppsala une activité qui ne se pratique que dans ce service. Le *centre national de lutte contre les violences perpétrées à l'encontre des femmes* (Nationellt centrum för kvinnofrid) basé à Uppsala a la possibilité de demander directement au service de médecine légale de faire une documentation des lésions de violence que présente une femme et ce sans dépôt de plainte. Cela évite un dépérissement de la preuve et permet à des femmes de différer leur plainte, souvent de quelques semaines, le temps de trouver un nouveau logement. Une femme portant ultérieurement plainte à la police peut lui proposer de récupérer la dite documentation auprès du service de médecine légale. Un tel dispositif n'existe pas concernant les violences conjugales faites aux hommes.

Volume d'activité en 2013²

Au 21 février 2014, 5129 comptes-rendus d'autopsie avaient été expédiés au titre de l'exercice 2013. Sur l'année 2013 ont été par ailleurs réalisés au niveau de la thanatologie dix examens externes de cadavre ou *levées de corps médico-légales** (likbesiktningar), neuf autopsies scientifiques (c'est-à-

¹ Rättsmedicinalverket. (21 février 2014). *Årsredovisning 2013*. Dnr X13-90112. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se, p. 28-29

² Rättsmedicinalverket. (21 février 2014). *Årsredovisning 2013*. Dnr X13-90112. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se, p. 31

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

dire sans réquisition de la police ou d'un magistrat), 223 interventions au tribunal, 42 interventions sur une scène de crime, huit reconstitutions et 341 identifications.

Concernant le volet « vivant », 1641 examens corporels et 1056 expertises sur dossier ont été réalisés par les médecins de la Direction nationale de la médecine légale de Suède. Des médecins en contrat¹ avec cette agence nationale* ont pour leur part réalisé 791 examens corporels et 2228 expertises sur dossier.

Une absence formelle de monopole

La Direction nationale de la médecine légale de Suède n'a pas à proprement parler le monopole de l'exercice de la médecine légale. Tout d'abord parce que les médecins légistes qui ont quitté la Direction nationale conservent leur spécialité et ce même s'ils ne peuvent plus effectuer des activités qui sont du domaine exclusif de la Direction nationale, comme la réalisation d'autopsies médico-légales. Ensuite parce que les examens corporels et les expertises sur dossier peuvent être réalisés par d'autres médecins que ceux qui travaillent à la Direction nationale de la médecine légale de Suède en cas de risque de déperissement de la preuve ou en cas de compétence particulière. La Direction nationale cite à titre d'exemple comme dérogations les cas de crimes sexuels (un examen gynécologique avec prélèvements doit être réalisé immédiatement), les infractions contre les enfants (la pédiatrie est une aide précieuse), les situations aiguës (lorsque des soins immédiats sont requis), lorsqu'un savoir-faire particulier est requis (dentiste, ophtalmologiste...) ou encore lorsqu'aucun médecin de la Direction nationale n'est disponible et que la réalisation de l'expertise ne peut être

¹ Il s'agit de médecins travaillant en dehors mais pour le compte de la Direction nationale de la médecine légale de Suède. Ils ont obtenu une autorisation de rédiger des expertises médico-légales après une formation complémentaire auprès de cette agence nationale (Samtliga kontraktsläkare genomgått en specialutbildning hos Rättsmedicinalverket som ger behörighet att utfärda rättsintyg). Voir dans Rättsmedicinalverket (10 mars 2013). *Rättsintyg*. Disponible le 30 janvier 2014 sur le site rmv.se

différée.¹

Lennart Rammer précise que la Direction nationale de la médecine légale de Suède a adopté la position de ne pas laisser un autre service de médecine légale ou un autre médecin légiste réexaminer une expertise émise par ladite Direction nationale. Il n'y a donc pas de contre-expertise possible en interne, ce qui peut être expliqué par une situation apparente ou patente de conflit d'intérêts.²

Selon la page web *Rättsintyg* (expertise médico-légale)³, « les expertises médico-légales [de vivants] ne peuvent pas être commandées par des particuliers ». Ceux qui sont désignés dans le texte comme pouvant en commander sont la police et le corps des procureurs.

Rammer poursuit que « le système habituel pour obtenir une contre-expertise consiste à ce que le tribunal [...] saisisse le *conseil de la Direction nationale suédoise de la santé et affaires médicales concernant des questions juridiques, sociales et médicales* (Socialstyrelsens råd för vissa rättsliga, sociala och medicinska frågor) ».

3. LE CONSEIL JURIDIQUE (RÄTTSLIGA RÅDET)

Le « conseil de la Direction nationale suédoise de la santé et affaires médicales concernant des questions juridiques, sociales et médicales (Socialstyrelsens råd för vissa rättsliga, sociala och medicinska frågor), dit « le conseil juridique » (rättsliga rådet), est décrit par Feldt et Von Otter comme « une agence nationale* au sein d'une agence nationale avec son propre conseil d'administration » ("en 'myndighet i myndigheten' med egen styrelse").⁴ Selon le site internet de la

¹ Rättsmedicinalverket (10 mars 2013). *Rättsintyg*. Disponible le 30 janvier 2014 sur le site rmv.se

² Voir le paragraphe *Omprövning av rapporter* dans Rammer Lennart, *Kvalitetsarbete inom svensk rättsmedicin i en internationell jämförelse, RMV-rapport 2011:2*, Stockholm, Rättsmedicinalverket, 2011, p. 217

³ Rättsmedicinalverket (10 mars 2013). *Rättsintyg*. Disponible le 30 janvier 2014 sur le site rmv.se

⁴ Feldt Kjell-Olof, von Otter Birgitta, *Barnläkarfallet: en förnekad rättsskandal*, Stockholm, Albert Bonniers förlag, 2013, p. 118

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

Direction nationale suédoise de la santé et des affaires médicales¹, le conseil juridique répond chaque année à environ 650 dossiers dont environ 50 concernant le sous-groupe « affaires médico-légales et légales ». Son rôle est défini ainsi :

Le conseil juridique prend une décision dans toute une série de dossiers. Il peut s'agir d'autorisation à avorter, à être stérilisé ou lorsqu'il faut entériner un changement de sexe. Dans d'autres types de dossier, le conseil juridique émet une expertise à la demande d'un tribunal ou d'une agence nationale. Cela concerne avant tout les questions médicales, médico-légales, de psychiatrie médico-légale ou de psychiatrie.²

Il ne semble pas possible pour une partie dans une procédure de faire appel directement au conseil juridique sans l'assentiment de la police, du procureur, du juge ou d'une agence nationale.

L'article 16 du règlement (2009:1243) portant instruction pour la Direction nationale de la santé et des affaires médicales définit les missions du conseil juridique mais ne précise pas son fonctionnement.³

Quand on examine le sous-groupe chargé des affaires médico-légales et médicales composé de neuf membres pour la période 1^{er} juillet 2012 – 30 juin 2015, on remarque que les quatre médecins du sous-groupe sont des professeurs de médecine légale qui travaillent au moins à temps partiel à la Direction nationale de la médecine légale de Suède même s'ils n'en sont pas nécessairement directement salariés. Les cinq autres membres ont différentes attributions : on relève un rapporteur concernant la médecine légale, un rapporteur concernant les questions médicales et les adoptions, un représentant de la Direction nationale suédoise de la santé et des affaires médicales ainsi que deux rapporteurs « généraux ». Il existe par ailleurs trois membres chapeautant les différents sous-groupes.

¹ Socialstyrelsen. *Rättsliga rådet*. Disponible le 29 janvier 2014 sur le site socialstyrelsen.se

² Socialstyrelsen. *Rättsliga rådet*. Disponible le 29 janvier 2014 sur le site socialstyrelsen.se

³ Förordning (2009:1243) med instruktion för Socialstyrelsen (SFS 2009:1243, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:394), parag. 16

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

La Direction nationale de la médecine légale de Suède ne semble pas autoriser, selon Rammer, qu'une contre-expertise soit réalisée en son sein par d'autres médecins qui y sont employés mais cela est possible au sein d'une instance dont l'ensemble des médecins, dans le sous-groupe concerné, entretient des rapports avec elle. La contre-expertise du conseil juridique, étant collégiale et réalisée par des professeurs d'université, semble la meilleure garantie de qualité d'une contre-expertise, même si on peut se poser la question de son indépendance. Le nombre d'affaires examinées chaque année (environ 50) montre que son accès en est néanmoins très restreint au regard du nombre des expertises émises par la Direction nationale de la médecine légale de Suède au titre de l'année 2013. En effet, si l'on ne s'intéresse qu'aux examens corporels effectués par les seuls médecins salariés de l'agence nationale* (1641 examens de personnes et 1056 expertises sur dossier), le taux de contre-expertise est inférieur à 2%.

Contacté par un homme qui désirait savoir comment demander à un médecin légiste de faire une contre-expertise, j'ai dû rapidement me rendre à l'évidence que cette possibilité de contre-expertise était plutôt théorique. L'homme en question m'avait contacté car sa femme présentait un bleu au visage et un médecin, il n'était pas clair pour moi s'il s'agissait d'un médecin légiste, avait attesté qu'il ne pouvait s'agir que d'une lésion occasionnée par violence. Mon interlocuteur voulait une contre-expertise qui montre que le bleu était non spécifique et qu'il avait pu survenir de différentes manières.

Même si cette affaire peut sembler banale, cet homme disait ne rien avoir fait et être condamné pour violence, alors que ce n'était pas le cas, était pour lui infamant. Renseignements pris auprès de mon chef de service, ce dernier m'a confirmé que seuls la police, le procureur et le juge pouvaient demander une contre-expertise et seulement s'ils l'estimaient nécessaire. Apparemment, dans le cas de cet homme, ils estimaient que ce n'était pas le cas, la preuve de violences conjugales étant établie de manière certaine par le certificat médical. Le mis en cause, recontacté, m'a raconté

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

qu'un médecin légiste établi hors de Suède avait accepté de réaliser une contre-expertise. Il apparaît ainsi que, dans un certain nombre de cas, le coût de la contre-expertise est transféré aux parties qui doivent trouver un contre-expert en dehors du système médico-légal suédois.

Au-delà du problème de l'égalité devant la loi et de la capacité de payer un contre-expert se pose la question de la valeur accordée par le magistrat aux expertises issues d'une des parties. Celles-ci, ne pouvant émaner d'une agence nationale* et payées par une des parties, sont par conséquent souvent marquées sous le sceau de la partialité. Cette contre-expertise risquait donc d'emblée de ne pas être en capacité à renverser l'expertise initiale.

4. LES ATTRIBUTIONS DU MEDECIN LEGISTE

Classiquement, le médecin légiste en Suède réalise des autopsies pour identifier une personne décédée si son identité n'est pas établie d'emblée par la police et déterminer la cause du décès ainsi que le mécanisme de mort*.

Indications légales des examens médico-légaux du défunt

La loi (1995:832) réglant l'autopsie¹ définit à l'article 4 l'autopsie comme « l'ouverture du corps d'une personne décédée pour l'examiner de l'intérieur » et la levée de corps médico-légale* comme « l'examen externe du corps avec une atteinte limitée de celui-ci » (comme la réalisation d'une prise de sang par exemple). Selon l'article 12, une autopsie est réalisée quand la levée de corps médico-légale* ne permet pas d'atteindre le but recherché (établissement de la cause de décès, identification).

¹ Lag (1995:832) om obduktion m.m. (SFS 1995:832, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:760)

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

L'examen médico-légal d'une personne décédée peut être réalisé s'il peut être considéré comme important pour l'enquête d'un décès survenu dans des circonstances telles que :

- il ne peut être raisonnablement exclu que la mort soit survenue dans le cadre d'une infraction
- il peut être suspecté que le décès est survenu par faute ou négligence de la part du système de soins (article 13)

Un examen médico-légal peut également être pratiqué si le décès peut avoir été causé par un facteur externe et que l'examen est nécessaire pour :

- déterminer la cause du décès ou
- obtenir des renseignements d'une importance particulière concernant la protection de l'environnement, la sécurité au travail, la sécurité routière ou pour tout autre intérêt similaire (article 14).

La décision de pratiquer un examen médico-légal est du ressort de la police, du procureur et du juge (article 18). L'autopsie peut alors être réalisée et ce même si cela peut heurter les convictions de la personne décédée et/ou de ses proches (article 17).

Procédure classique où la police est informée d'un décès

Concrètement, on peut décrire la séquence décisionnelle suivante pour la conduite à tenir en cas de décès en Suède. Il faut tout d'abord confirmer la mort. Cela ne nécessite pas forcément l'intervention d'un médecin en cas de mort évidente, par exemple lorsque la tête est séparée du corps ou en cas de putréfaction avancée. Si l'identité est connue, une attestation de décès est remplie au nom du défunt, dans le cas contraire le médecin contacte la police. Si l'identité du défunt est connue, le médecin doit se demander si la mort est due à une maladie. S'il suspecte que ce n'est peut-être pas le cas, le médecin contacte la police. Si la cause de décès est connue, le médecin peut remplir le certificat de

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

cause de décès. S'il ne la connaît pas mais que le défunt était porteur d'une maladie qui pouvait mener à la mort, le médecin demande une autopsie scientifique. En absence de maladie connue pouvant expliquer le décès, le médecin contacte la police.

*Établissement du mécanisme de mort**

Mort naturelle et mort violente

Le médecin légiste doit déterminer si la mort est naturelle ou non. Le terme *naturel* peut porter à confusion. On ne saurait l'opposer à une mort surnaturelle (due à l'intervention d'extra-terrestres) ou à une mort irréelle (qui n'est pas effective). Il ne faut pas non plus entendre *naturel* comme logique : on pourrait sinon prétendre qu'il est naturel de mourir d'une plaie de l'aorte causée par un coup de couteau.

Une distinction classique est de dire que toute mort naturelle est une suite de maladie(s) et que toute autre mort est non naturelle.

Anne Fagot-Largeault définit pour sa part la mort naturelle en l'opposant à la mort violente: c'est la mort «qui résulte de la 'simple' action de causes efficientes (externes ou internes de l'organisme), tandis que la mort violente résulte d'une action finalisée (ex. suicide, homicide) ».¹ Certains ne partagent pas cette distinction. Paulus Zacchias (1584-1659), médecin du pape Innocent X et protomedicus de l'État papal, estime que les épidémies doivent être regardées comme des causes non naturelles.² Cette définition semble valide par rapport à celle d'Aristote. Pour ce dernier, la mort naturelle est la mort qui résulte de cause interne, la mort accidentelle résultant de

¹ Fagot-Largeault Anne, *Les causes de la mort, histoire naturelle et facteurs de risque*, Paris, Vrin, 1989, p. 6

² Bajada Joseph, *SEXUAL IMPOTENCE : THE CONTRIBUTION OF PAOLO ZACCHIA, 1584-1659*, Rome, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1988, p. 32

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

causes extérieures. On pourrait objecter, depuis la mise en évidence des micro-organismes par Antonie van Leeuwenhoek vers 1680, que la mort de cause infectieuse est due à un organisme extérieur.

Xavier Bichat opposait pour sa part la mort naturelle, rare selon lui, à la mort accidentelle qu'il divisait « en celle qu'amènent les maladies et en celle qui survient subitement ».¹

J'ai choisi pour ma part d'assimiler mort violente et mort non naturelle, sur l'exemple d'Anne Fagot-Largeault, en estimant que l'événement accidentel est une violence faite au corps (accident de la circulation, chute d'une hauteur en glissant, surdosage médicamenteux par auto-administration sans intention de se donner la mort).

Définition du mécanisme de mort*

Après ces considérations sur la mort naturelle et non naturelle, je peux à présent définir le mécanisme de mort comme **la façon** dont est mort le défunt (en suédois *dödssätt*, signifiant littéralement *façon de mort*). Si la cause de décès répond à la question: « De quoi est mort le défunt? », le mécanisme de mort répond à la question « Comment est survenu le décès? »

On peut citer cinq mécanismes de décès, sans compter les combinaisons possibles :

- si la mort est non violente, le mécanisme est *naturel*, ce qui signifie que la mort est prévisible, attendue, sans intervention d'un agent externe autre qu'infectieux
- si la mort est violente, le mécanisme de mort correspond à un :
 - *suicide*: la mort est infligée par la personne elle-même qui désire mourir
 - *homicide*: la mort est infligée par autrui
 - *accident*: la mort est le fait ou non de la personne mais non désirée par celle-ci

¹ Bichat Xavier, *Recherches physiologiques sur la vie et la mort (première partie) et autres textes*, Paris, GF-Flammarion, 1994, p. 303

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

- si le mécanisme ne peut être déterminé, on le décrit comme *indéterminé*.

Le médecin qui a compris **de quoi** était décédée la personne, sait parfois forcément **comment** elle est décédée. Ceci est vrai dans le cas des morts naturelles: si une personne décède d'infarctus du myocarde ou d'embolie pulmonaire, le mécanisme de mort est automatiquement naturel. Mais concernant les autres mécanismes, le lien, comme je l'ai évoqué en introduction, ne semble pas toujours évident. On peut au mieux, au terme de l'autopsie, indiquer si sont présents des signes éventuels d'intervention d'autrui (bleus, bosses, égratignures, plaies, corps étrangers comme des balles, fractures) ou s'il n'y en a pas. La présence de signes éventuels de l'intervention d'autrui ne signifie pas pour autant que la mort a été causée par autrui. À l'inverse, une absence de ces signes ne signifie pas pour autant que la mort n'est pas criminelle. Ainsi on peut tuer par strangulation sans qu'il n'y ait la moindre trace au niveau du cou.

Le pourcentage d'autopsies médico-légales réalisées parmi les personnes décédées est dû au moins en partie à une décision politique d'allocations de ressources en fonction des buts recherchés, notamment en fonction du type de mécanisme de mort suspecté. Les deux extrêmes sont d'une part de réaliser une autopsie médico-légale lors d'une suspicion patente d'homicide (0,2% aux Pays-Bas des personnes décédées sont autopsiées en médecine légale¹) et d'autre part de réaliser un grand nombre d'autopsie de manière à disposer de données exhaustives de Santé publique qui pourront notamment être exploitées en vue d'orienter la politique de prévention en matière de santé (25% en Finlande²). C'est en effet une contrainte législative en Finlande de savoir exactement de quoi est mort tout citoyen, ce qui occasionne un pourcentage aussi élevé. En Suède, une autopsie est réalisée en cas de mort suspecte d'être non naturelle (5,8 % des personnes décédées³) et en France en cas de

¹ Rammer Lennart, *Kvalitetsarbete inom svensk rättsmedicin i en internationell jämförelse*, RMV-rapport 2011:2, Stockholm, Rättsmedicinalverket, 2011, p. 199

² Rammer Lennart, *Kvalitetsarbete inom svensk rättsmedicin i en internationell jämförelse*, RMV-rapport 2011:2, Stockholm, Rättsmedicinalverket, 2011, p. 195

³ Rammer Lennart, *Kvalitetsarbete inom svensk rättsmedicin i en internationell jämförelse*, RMV-rapport 2011:2, Stockholm, Rättsmedicinalverket, 2011, p. 193

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

suspicion d'homicide au sens large (0,8 % des personnes décédées¹).² Ces pourcentages n'incluent pas les autopsies scientifiques réalisées hors demande de la police et du procureur dans les services d'anatomo-pathologie.

Il m'a été objecté que le raisonnement pourrait être l'inverse. C'est le nombre d'autopsies qui déterminerait alors les mécanismes de mort rencontrés. Qu'une décision politique participe au volume d'autopsies médico-légales réalisées ne va pas à l'encontre du fait de trouver plus de morts non naturelles (en nombre absolu) plus on réalise d'autopsies médico-légales. Mais le gain coût/bénéfice pour la société entre le surplus d'autopsies réalisées et les morts non naturelles identifiées n'est pas clair. J'ai lu qu'« Une étude [aurait] montré que 8 % de tous les crimes avec issue fatale en Suède [seraient] seulement découverts à l'autopsie, ce qui [représenterait] une dizaine de cas par an » (En undersökning har visat att åtta procent av alla våldsbrott med dödlig utgång i landet avslöjas först vid en rättsmedicinsk obduktion vilket motsvarar upp till tio fall per år).³ Ce chiffre de 8 % circule au sein de la profession et a surpris bon nombre de mes collègues qui le trouvent très élevé. Ayant contacté les auteurs potentiels de cette étude, je n'ai hélas pas réussi à déterminer son existence. Le débat reste donc ouvert. Une piste pour augmenter le nombre de morts non naturelles identifiées serait de former la police à mieux discerner quels défunts nécessitent d'être autopsiés, le tri pouvant être un critère plus efficace que le volume.⁴

¹ Rammer Lennart, *Kvalitetsarbete inom svensk rättsmedicin i en internationell jämförelse*, RMV-rapport 2011:2, Stockholm, Rättsmedicinalverket, 2011, p. 200

² Concernant la France, les indications sont légèrement plus nuancées et peuvent être élargies par exemple aux suspicions d'accident du travail.

³ Rammer Lennart, *Kvalitetsarbete inom svensk rättsmedicin i en internationell jämförelse*, RMV-rapport 2011:2, Stockholm, Rättsmedicinalverket, 2011, p. 12

⁴ C'est en effet la police qui pose l'indication de l'autopsie, le médecin légiste donnant rarement des conseils par téléphone à ce sujet ou réalisant lui-même peu de levées de corps médico-légales (dix pour l'ensemble de la Suède pour l'année 2013). Voir Rättsmedicinalverket. (21 février 2014). *Årsredovisning 2013*. Dnr X13-90112. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se, p. 31

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

La double détermination du mécanisme de mort*

Détermination à des fins de santé publique

Le mécanisme de mort apparaît dans le certificat de cause de décès¹ suédois sous l'indication suivante : « en cas de blessure/empoisonnement, donner la cause et l'éventuelle intention: [en cochant un des items suivants] : accident, infligé intentionnellement à soi-même [suicide], infligé intentionnellement par autrui [homicide] ou non clair si une intention a été présente [indéterminé] ».

La notice accompagnant le certificat précise au point numéro 6 comment l'évaluation du mécanisme de mort doit être pratiquée : « Choisir l'alternative qui est la plus probable, et ce même si les circonstances n'ont pas été clarifiées. L'alternative 'non clair si une intention a été présente' ne devrait être choisie que s'il n'est pas possible d'établir si l'accident ou la blessure intentionnellement infligée est le plus probable mode de survenue » ("Oklart om avsikt förelegat" väljs endast om man inte kan avgöra om olycksfall eller avsiktligt tillfogad skada är det mest sannolika uppkomstsättet). Le mécanisme de mort à choisir étant celui dont la probabilité de survenue est au moins de 51 %, l'évaluation du médecin légiste est donc parfois purement probabiliste.

L'Administration suédoise des transports (Trafikverket) a pour sa part élaboré un score permettant de déterminer la probabilité qu'un accident survenu sur la voie publique soit la conséquence d'un suicide. Des items en faveur de cette dernière qualification sont recherchés : tentative de suicide récente, longue dépression en cours au moment du décès, événement psycho-traumatique récent...² Même si ce score est une façon de « rationaliser » le mécanisme de mort,

¹ Formulaire SoSB 76016 intitulé *dödsorsaksintyg* (certificat de cause de décès) publié en mai 2013 en annexe du règlement SOSFS (2013:4), certificat à distinguer du *dödsbevis* (certificat de décès) correspondant au formulaire SoSB 76026 publié en mai 2013. Ces deux formulaires sont téléchargeables au 5 août 2014 sur le site socialstyrelsen.se

² Svensson, K., Andersson A.-L., Berkowicz, A., Beskow, J., Fredlund, T., Lindberg, E. & Rådbo, H. (1^{er} juillet 2011). *Metod för suicidklassning av dödsfall transportsystemet, suicid klassning av 2008 och 2009 års dödsfall i vägtrafiken*. Publication 2011:128, Stockholm, Trafikverket, p.7

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

confirmer ou infirmer un suicide de cette manière relève cette fois encore du raisonnement statistique basé sur le bon sens, mais il ne permet pas d'établir un mécanisme de mort « certain ». Cela est cohérent avec la démarche de la Direction nationale de la santé et des affaires médicales et de l'Administration suédoise des transports qui ne sont pas à la recherche de certitude mais plutôt de données exploitables en matière de santé publique et de prévention. La *vérité judiciaire*¹ ne les concerne pas en premier lieu, sauf parfois la Direction nationale de la santé et des affaires médicales lorsque son conseil juridique est saisi.

Détermination pour le système judiciaire

En France, le médecin légiste ne détermine pas le mécanisme de mort. Ce dernier est considéré comme le résultat, l'aboutissement de l'enquête policière. Il revêt quasiment le caractère d'une qualification juridique effectuée par le procureur ou le tribunal, c'est une donnée non décidable par un expert n'ayant pas accès à la totalité de la procédure. Le médecin légiste est plutôt invité à donner les arguments en faveur des différents mécanismes de mort possibles.

Contrairement à la France, le médecin légiste détermine en Suède le mécanisme de mort pour la police, le procureur et *in fine* pour le tribunal. Il n'a aucun soutien légal pour cela mais il le fait par tradition, n'interprétant visiblement pas le silence de la loi comme une absence d'autorisation. Le médecin légiste le détermine avec beaucoup plus d'exigence que le mécanisme statistique demandé par la Direction nationale de la santé et des affaires médicales par le biais du certificat de cause de décès. Une certitude d'au moins 51% ne suffit plus, il faut une probabilité beaucoup plus importante. La proportion de mécanismes de mort « indéterminés » augmente donc

¹ Michel Bénézech différencie la *vérité scientifique* (celle des experts) de la *vérité judiciaire* (celle du jugement). Voir Bénézech, M. (2007). Vérité et mensonge: l'évaluation de la crédibilité en psychiatrie légale et en pratique judiciaire. *Annales médico-psychologiques*, 165, p. 352

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

de manière mécanique dans les rapports d'autopsies envoyés à la police par rapport à ceux indiqués dans le certificat de cause de décès.

La plupart des médecins légistes estiment toutefois que le mécanisme de mort proposé dans le rapport d'autopsie est à regarder comme une proposition que la police et le procureur ont tout loisir de modifier en fonction des éléments de l'enquête et de leur propre évaluation. Réagissant à ma critique de la façon dont certains mécanismes de mort sont au-delà de l'horizon de la médecine légale et malgré tout déterminés au nom de celle-ci, notamment concernant le surdosage par digoxine évoqué en introduction, un collègue confirmait le manque de signification juridique de la détermination du mécanisme de mort. Je cite ses propos échangés par courriel *in extenso* pour ne pas les déformer. Il fait ici une allusion à la question que je me suis autrefois posée de savoir s'il est licite que la détermination du mécanisme de mort fasse partie des attributions du médecin légiste :

SE *Men jag vidhåller att denna vår bedömning av dödssätt inte har någon avgörande betydelse för den fortsatta juridiska hanteringen, dvs den kan självklart ifrågasättas och förkastas av rättsväsendets övriga aktörer. Åklagaren kan t ex åtala för mord, dråp eller vållande till annans död alldeles oavsett vad vi kryssat på dödsorsaksintyget eller vad vi skrivit i vårt utlåtande. Amerikanska rättsläkare för ofta evighetslånga diskussioner om klassificering av dödssättet (som görs olika i skilda delstater) i enskilda fall och har alldeles uppenbart inte förstått att deras bedömning (även i USA!) i princip saknar juridisk relevans (vilket av och till påpekas av någon amerikansk rättsläkare som verkligen förstått detta, men som inte varje gång orkar gå in i mailkonversationen). Om du menar att enskilda rättsläkare slarvar med sina bedömningar, eller gör bedömningar på bristfälligt underlag, är detta dock inte för mig ett argument för att principerna bör ändras. Jag har som sagt var svårt att se vilket alternativ till nuvarande ordning som du förordar.*

FR *Mais je maintiens que notre évaluation du mécanisme de mort n'a pas de signification déterminante pour la poursuite de la prise en charge juridique, c'est-à-dire qu'elle peut évidemment être mise en cause et rejetée par les autres acteurs du système juridique. Le procureur peut par exemple mettre en examen pour meurtre, homicide volontaire avec circonstances atténuantes ou homicide involontaire par négligence indépendamment de la case que*

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

nous avons cochée sur le certificat de cause de décès ou de ce que nous avons écrit dans nos conclusions. Les médecins légistes américains ont trop souvent des discussions qui durent une éternité sur la classification [des différents] mécanisme[s] de mort (qui sont déterminés de manière différente en fonction des différents États) dans des cas particuliers et qui n'ont d'évidence pas compris que leur évaluation (même aux États-Unis) en principe manque de pertinence juridique (ce qui est pointé du doigt par un certain médecin légiste américain qui n'arrive pas chaque fois à rentrer dans la conversation épistolaire). Si tu veux dire par là que des médecins légistes isolés sont négligents concernant leurs évaluations, ou qu'ils font des évaluations sur des fondements insuffisants, ceci n'est pas pour moi un argument que les principes doivent être changés. J'ai, comme dit auparavant, des difficultés à voir quelle alternative tu préconises par rapport à l'organisation actuelle.

Le mécanisme de mort n'était pas déterminé à Évry, où je travaillais plus tôt en France car l'on estimait que c'était une étape importante de l'enquête policière et qu'il était du seul ressort de la police, du procureur et du juge. En Suède, le médecin légiste le détermine avec parfois des circonstances entourant le décès assez limitées, par exemple avec la seule mention de la police « retrouvé mort chez lui ».

J'ai eu des retours très limités concernant la façon dont les rapports du médecin légiste sont accueillis mais j'ai eu un sentiment qu'ils ne sont pas d'emblée évalués de manière critique. J'ai demandé un jour à un policier de la région de Dalécarlie (en suédois Dalarna) comment il évaluait le mécanisme de mort que nous établissions. Il m'a dit ne réagir et poursuivre l'enquête que si le mécanisme de mort était indéterminé. Il était sous-entendu que l'enquête était aussi poursuivie en cas de mécanisme de mort *homicide*. Un enseignant en droit pénal suédois m'a par ailleurs confié que « si le médecin légiste dit qu'il s'agit d'un homicide, on est tenté de le croire ».

Je trouve douteux de déterminer le mécanisme de mort quand le médecin légiste n'en a pas la capacité ou alors que son évaluation repose sur des éléments d'enquête clairement incomplets. Le faire tout de même sous prétexte qu'il n'y a pas de conséquence juridique et que la police et les magistrats sont censés comprendre qu'il n'a pas grande valeur, ne me semble pas une justification

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

satisfaisante. De surcroît, si cela n'a effectivement aucune conséquence juridique, à quoi bon persévérer à le déterminer pour le système judiciaire ? Le médecin légiste serait avisé à la place de faire la liste de tous les faits qu'il a mis à jour en faveur de chaque mécanisme de mort possible pour permettre à la police, au procureur et au juge de le déterminer en rendant possible l'agrégation avec les données non médicales.

Une double détermination peu connue du grand public

Cette double détermination du mécanisme de mort est peu connue du grand public. Quand un ayant-droit réclame une copie du certificat de cause de décès, il ne semble pas avoir conscience que ce mécanisme est évalué comme ayant une probabilité d'au moins 51 % et non sur des critères de certitude. Une probabilité de suicide de 51% sur un certificat peut ainsi empêcher l'accès à des ayants-droit à des primes de contrat d'assurance si la mort survient moins d'un an après la signature dudit contrat.¹ Les parents du décédé et les compagnies d'assurances ne mettent pas en cause l'établissement de ce mécanisme de mort que beaucoup considèrent comme établis de manière scientifique et qui est donc, hormis le cas d'erreur ou de contre-preuve évidente, rarement accessible à une évaluation critique. Le médecin légiste devrait donc conseiller aux ayants-droit de demander et de transmettre à la compagnie d'assurance les conclusions du rapport d'autopsie, ce que la loi suédoise autorise. Ces conclusions ont l'avantage de comporter à la fois un mécanisme de mort

¹ Pour être plus précis, les conditions les plus courantes rencontrées dans un certain nombre de contrats d'assurance-vie ou lors d'emprunt pour l'achat d'un logement sont les suivantes :

SE *Själv mord. Försäkringen gäller inte om den försäkrade har begått självmord. Om det har gått mer än ett år från det att försäkringsavtalet ingicks eller från det att försäkringsbeloppet höjdes eller om det måste antas att försäkringen tecknats eller försäkringsbeloppet höjts utan tanke på självmord gäller dock försäkring.*

FR Suicide. L'assurance n'est pas valable si l'assuré se suicide. L'assurance est malgré tout valable [en cas de suicide] si plus d'un an s'est écoulé depuis l'entrée en vigueur du contrat ou que le montant de prime d'assurance a été majoré ou qu'il est démontré que le montant de la prime a été augmenté [depuis moins d'un an] sans prévision de se suicider.

Voir If livförsäkring AB. (novembre 2011). Försäkringsvillkor november 2011. *If livförsäkring AB*. Disponible le 10 août 2014 sur le site if.se, p. 4

À noter qu'un événement accidentel peut, dans certains cas, annuler le contrat et ce sans délai de survenue, par exemple lors d'une prise de risque inconsidérée.

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

déterminé avec plus de prudence et un résumé de l'enquête policière, ce qui permettrait à la compagnie d'assurances de verser la prime aux ayants-droit si aucun élément en faveur d'un suicide n'est mentionné dans celui-ci.

Sceller le destin d'une vie

Le docteur Lars Eriksson, médecin légiste ayant travaillé de nombreuses années dans le service de médecine légale d'Uppsala, a invité lors d'une réunion tous les médecins du service d'Uppsala à la prudence concernant l'établissement du mécanisme de mort en déclarant :

Lorsque nous déterminons le mécanisme de mort, nous ne devons pas oublier que nous scellons le destin d'une vie.

Par cette assertion, Eriksson signifie que le médecin, en classant le mécanisme de mort, dessine le point final d'une trajectoire de vie. La vie de la personne, de par la manière dont elle est décédée, prend un sens nouveau avec une lecture a posteriori de ce qu'elle a fait au cours de son existence. Si la mort est due à un surdosage médicamenteux et que le suicide est retenu, on aura par reconstruction le sentiment que toute la vie du défunt tendait vers cette fin inéluctable. Si le surdosage était accidentel, l'entourage redessinera ou accentuera parfois certains traits de caractère : « Ça lui ressemble bien, elle était toujours dans l'excès ». Si le surdosage est estimé relever du crime conjugal, le sentiment de tragédie et d'injustice devant cette vie brisée par autrui sera prépondérant : « Elle est morte dans la fleur de l'âge, elle était tellement une femme merveilleuse, elle aimait tellement la vie. Son mari était très jaloux, c'était maladif, il a tué une victime innocente. » Un mécanisme de mort déterminé de manière imprudente risque ainsi de repeindre de manière erronée la représentation du défunt chez ceux qui lui survivent.

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

Le mécanisme de mort a une autre conséquence sur l'entourage : il met parfois en lumière le fait que l'action d'un tiers aurait pu changer le cours des événements et éviter le décès. Par exemple, lorsque le mécanisme de mort retenu est le suicide, le proche se demandera souvent s'il n'aurait pas pu s'en douter, rendre visite plus souvent à la personne. De mon expérience, le mécanisme de mort « accident » est comparativement plus souvent considéré comme revêtant une dimension de fatalité. C'est un événement par nature imprévisible sur lequel on ne saurait, dans la plupart des cas, avoir de prise sauf, par exemple, à avoir participé à l'accident par négligence ou avoir participé aux conditions qui ont permis à l'accident de survenir.

Du fait que le mécanisme de mort peut parfois redessiner les contours de la personnalité du défunt et qu'il met en lumière pour les proches le rôle éventuel voire fantasmé qu'ils auraient pu jouer pour empêcher le décès, le médecin devrait donc se demander s'il a des arguments valables pour le déterminer.

5. IDENTIFICATION

L'identification est prévue à l'article 15 de la *loi (1995:832) réglementant l'autopsie* évoquée plus haut.¹ Son déroulement est détaillé par Lennart Rammer qui en résume bien les différentes étapes.² L'identification est demandée par la police lorsque celle-ci n'est pas en mesure d'établir elle-même l'identité. Elle a tout de même ses propres moyens pour identifier un cadavre : empreintes digitales, reconnaissance d'objets ayant appartenu au défunt (notamment sur indication de la famille), identification du visage (carte d'identité, intervention des proches) ou de signes particuliers (tatouages, taches de naissance, cicatrice).

¹ Lag (1995:832) om obduktion m.m. (SFS 1995:832, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:760), parag. 15

² Rammer Lennart, *Kvalitetsarbete inom svensk rättsmedicin i en internationell jämförelse, RMV-rapport 2011:2*, Stockholm, Rättsmedicinalverket, 2011, p. 62-63

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

Il y a des situations où la personne ne peut pas être reconnue : empreintes digitales non exploitables, visage non reconnaissable (par exemple en cas d'incendie ayant carbonisé le corps, de putréfaction avancée, d'accident de train particulièrement mutilant) ou encore absence d'objets particuliers retrouvés sur le corps (alliance, bague de fiançailles). La police va alors décider de l'analyse à utiliser : identification clinique, analyse de la dentition et ADN.

La première technique (identification clinique) n'est jamais demandée officiellement par la police à Uppsala. Celle-ci fait en effet partie intégrale du travail des assistants et des médecins de rechercher tous les éléments pouvant aider à l'identification : prendre des photos des tatouages, piercings, cicatrices, taches de naissance, noter le numéro de sécurité sociale d'un dentier ou le numéro de série de prothèses diverses (mammaires, osseuses), recueil de tous les objets ayant appartenu au défunt et leur mise à disposition de la police. Si cette dernière a demandé une analyse dentaire ou ADN et que l'examen du corps semble suffisant, tous les éléments seront transmis à la police et elle décidera du maintien ou non des autres moyens d'identification, plusieurs techniques pouvant être utilisées simultanément.

La police peut demander que les proches viennent dans le service de médecine légale pour identifier le défunt si l'état du visage le permet. Si le visage est bien conservé mais que le corps est dans un état de putréfaction à l'origine d'une odeur désagréable, le corps sera présenté à la famille au travers d'une vitre plexiglas en entrouvrant des rideaux, la partie du corps non présentable étant couverte. Les lésions susceptibles de heurter la sensibilité de la famille, par exemple le sillon au niveau du cou suite à une pendaison, seront également couvertes.

L'identification des empreintes dentaires nécessite que le défunt ne soit pas édenté et que la tête soit présente. Elle n'est possible que lorsqu'il existe un dossier médical dentaire de comparaison. Les jeunes enfants n'en ont traditionnellement pas. L'équipe d'Uppsala a récupéré dans les suites du tsunami en Thaïlande en 2004 un appareil permettant de faire des radiographies

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

dentaires qui sont digitalisées puis envoyées électroniquement au dentiste médico-légal de garde. Ainsi on ne prélève plus le maxillaire supérieur et la mandibule pour l'envoyer au dentiste par la poste, toujours dans le but que l'atteinte au corps soit la plus minime possible.

L'ADN est recherché traditionnellement par prélèvement musculaire (par exemple psoas ou quadriceps), osseux (souvent du fémur), voire écouvillonnage du foie ou de la rate si la technique dentaire n'est pas exploitable. Il existe enfin d'autres moyens d'identification comme la comparaison radiologique de prothèses implantées ou la mise en évidence de particularités radiologiques connues comme un aspect singulier des sinus frontaux.

6. DON, GREFFE D'ORGANE

Le don d'organes est réglé par la *loi (1995:831) réglementant la transplantation*¹ et par la *circulaire (SOSFS 2009:30) réglementant le don et la conservation d'organes, tissus et cellules* de la Direction nationale suédoise de la santé et des affaires médicales.² Les dispositions ne seront pas détaillées ici. Je me contenterai de citer les grandes étapes du contact avec les proches à Uppsala.

Lorsque le corps d'un défunt dont on connaît l'heure approximative de décès arrive dans les 24 heures à la morgue, l'assistant fait une prise de sang à la recherche d'une infection par le virus du SIDA ou par une hépatite chronique s'il est envisageable de faire des prélèvements en vue de greffe de tissus (cornée et valves cardiaques). Un examen externe recherche l'absence de contre-indication à la greffe, par exemple des cicatrices ou des traces de piqûres témoignant d'une toxicomanie par voie intraveineuse.³ Le don d'organes ne peut pas être pratiqué s'il existe un doute sur la cause du

¹ Lag (1995:831) om transplantation m.m. (SFS 1995:831, uppdaterad: t.o.m. SFS 2006:354)

² SOSFS (2009:30) Socialstyrelsens föreskrifter om donation och tillvaratagande av organ, vävnader och celler (senast ändrad: t.o.m. SOSFS 2014:3), kap. 4

³ Rammer Lennart, *Kvalitetsarbete inom svensk rättsmedicin i en internationell jämförelse, RMV-rapport 2011:2*, Stockholm, Rättsmedicinalverket, 2011, p. 77

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

décès. Et même si cette dernière est évidente, par exemple une plaie par balle au niveau de la boîte crânienne, le don d'organes ne doit en aucune façon desservir l'enquête policière et le travail de la police scientifique dans la recherche d'une éventuelle intervention d'autrui dans la survenue du décès.

Le registre de don d'organes est consulté. Si le défunt n'a pas de carte de donneur, on contacte la famille pour savoir si le défunt en possédait une et, en cas d'absence, si les proches savent quelle position avait le défunt à ce sujet. Si la famille ne le sait pas, elle disposera de quelques heures pour signifier si elle s'oppose ou non au prélèvement. Sa décision sera respectée. Lorsqu'aucune famille n'est retrouvée, le prélèvement n'est en pratique pas effectué.

7. ACTIVITE DE RECHERCHE

La recherche concernant les personnes décédées est régie par la *loi (2003:460) réglant l'examen éthique de la recherche sur les personnes*¹ modifiée par la loi (2008:192).² La loi demande qu'un examen éthique (etikprövning) soit réalisé par un des Comités d'éthique régionaux (etikprövningsnämnder) (article 24, loi 2003:460) incluant ceux de Göteborg, Linköping, Lund, Umeå, Uppsala et Stockholm. Cela concerne les cas où le projet de recherche examiné concerne des données personnelles sensibles, des données en lien notamment avec la réalisation d'infractions ou des mesures de privation de liberté (article 3), lorsqu'il existe une atteinte physique au corps du défunt et lorsqu'elle concerne un matériel biologique qui peut être relié à la personne dont il provient (article 4).

Le respect de la valeur de la dignité humaine (article 7, loi 2003:460) et des droits de

¹ Lag (2003:460) om etikprövning av forskning som avser människor (SFS 2003:460, uppdaterad: t.o.m. SFS 2008:192)

² Lag (2008:192) om ändring i lagen (2003:460) om etikprövning av forskning som avser människor (SFS 2008:192)

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

l'Homme et des libertés fondamentales (article 8, loi 2003:460) est un des critères que doit respecter le projet de recherche pour être validé au niveau du Comité d'éthique régional.

8. DEVOIRS INTEGRES A LA PRATIQUE

Au-delà de ces quatre tâches du médecin légiste en thanatologie (détermination de la cause de décès et du mécanisme de mort, identification et don d'organes), un certain nombre de tâches inhérentes à la pratique de la médecine légale sont présentes en arrière-plan : réaffirmation de l'humanité du défunt, reconstitution du corps et assistance aux familles. Il ne me semble pas qu'on puisse qualifier ces fonctions annexes de démarche éthique car elles sont considérées comme indispensables et intégrées à la pratique quotidienne de telle sorte qu'elles ne relèvent pas d'un choix mais plutôt d'une évidence éthique : il serait impensable de se comporter autrement.

La réaffirmation de l'humanité du défunt

Enseignements de Katharina Ericson

J'ai travaillé toute l'année 2013 dans le service d'anatomo-pathologie* d'Uppsala où j'ai côtoyé le docteur Katharina Ericson, médecin légiste spécialisée en anatomo-pathologie périnatale. Elle autopsie des embryons, des fœtus, des nourrissons et elle m'a semblé être une de ceux qui ont la démarche la plus aboutie en matière de rites que l'on peut voir en thanatologie. Son attitude est selon moi de réaffirmer de manière explicite l'humanité des enfants qui n'ont pas pu naître ou qui sont décédés peu après leur naissance. Même si Katharina Ericson a du recul et une analyse aiguisée de sa pratique, son comportement est pour elle évident. Elle ne pourrait pas se conduire autrement.

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

Elle parle systématiquement aux enfants décédés, allume toujours une bougie en leur présence et regrette à chaque fois leur disparition. C'est comme si elle prenait avec elle une petite partie du travail de deuil de la famille tout en gardant la distance nécessaire. Elle m'a ainsi rapporté, le 18 juin 2014, à l'occasion d'une conversation :

SE Jag tar in och känner sorgen för att sen gå vidare i mitt arbete, att försöka hitta vad som hänt. Om jag träffar föräldrarna kan jag möta dem både på ett känslomässigt och professionellt plan. Det är naturligt och viktigt för mig. Man sover bättre när man vågar bearbeta det man möter. För mig är det inte farligt att känna sorg men däremot att avskärma sig.

FR Je prends connaissance de la douleur [morale] et je la ressens pour ensuite poursuivre mon travail, essayer de trouver ce qui s'est passé. Si je rencontre les parents, je pourrai le faire à la fois sur un plan professionnel et sur un plan émotionnel. Ceci est naturel et important pour moi. On dort mieux quand on a osé assimiler ce que l'on a rencontré. Pour moi, ce n'est pas dangereux de ressentir du chagrin mais ça l'est de se protéger [en essayant de ne rien ressentir].

Lovise Lauritzen, la mère d'une des assistantes funéraires, confectionne pour les enfants autopsiés de beaux et doux vêtements quand les parents n'ont pas pensé à leur en procurer ou quand les vêtements taille 0 vendus dans le commerce sont trop grands. Cette pratique a été introduite dans le service par le Docteur Anna-Kersti Månsson, gynécologue-obstétricienne.

Les embryons sont parfois très petits et leur cœur pèse parfois moins d'un gramme. On pourrait être tenté d'en prendre la totalité pour le regarder ultérieurement au microscope mais pour Katharina Ericson, aucun être humain ne devrait être enterré sans une partie de son cerveau, de son cœur et de ses gonades. Pensée, émotion et sexe : il s'agit visiblement de ce qui fait que nous sommes des êtres humains.

Cette dernière règle est également valable en médecine légale. La seule exception acceptable

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

de dérogation à cette règle concerne la greffe cardiaque chez l'adulte où aucun élément du cœur ne retourne chez le défunt. Le défunt est alors « sans cœur » mais ce cœur « arraché », librement donné selon les souhaits du défunt et/ou de sa famille, continue à vivre et à permettre la vie. À la fin de chaque autopsie, chaque organe est remplacé symboliquement et très approximativement à sa place, à l'exception du cerveau est qui est mis avec les organes du tronc du fait de contraintes techniques n'autorisant pas son retour dans la boîte crânienne.

Le visage de l'Autre au cours de l'autopsie

Le visage de la personne décédée est toujours apparent à Uppsala lorsque les anatomo-pathologistes réalisent une autopsie scientifique, et cela même si des étudiants n'appartenant pas au service y participent. Ils sont en effet soumis au secret médical et signent un formulaire leur rappelant ce devoir. Voir le visage de la personne décédée permet de mieux prendre conscience de son humanité et évite de faire tomber le corps du défunt dans le domaine des choses.

Lorsque les médecins légistes réalisent une autopsie, non plus scientifique mais médico-légale, le secret médical pourrait être levé mais il est alors recouvert du secret de l'instruction. Cela produit des effets lorsqu'une démonstration est faite devant des étudiants. Le cadre légal est décrit ci-dessous par Christina Bergenstrand, chef du service juridique de la Direction nationale de la médecine légale de Suède, dans un échange de courriels du 10 décembre 2013, suite à des questions de ma part à ce sujet. Devant la clarté de ses propos et avec son autorisation, j'ai choisi de la citer directement et intégralement:

SE Inför en demonstration måste man göra en sekretessprövning enligt, som du också skriver, 25 kap. 1 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL. Och för att inte röja uppgifter om den avlidne kan det då vara naturligt att täcka

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

över ansiktet på denne. Av samma orsak kan man kanske behöva täcka över även andra kroppsdelar. Det går ju inte att avgöra i förväg utan måste prövas i varje enskilt fall. Eventuell förundersökningssekretess (18 kap. 1 § OSL) kan möjligen också påverka om, och i så fall hur, man kan visa den avlidne. Detta är en begränsning av offentlighetsprincipen av hänsyn till den enskildes integritet och med stöd av sekretesslagstiftningen. Sedan beror det ju på för vilka man demonstrerar - om de kan anses ha en sådan knytning till RMV att de är att likställa med anställda eller om de ska räknas som utomstående. Man kan också visa en avliden och skriva ett förbehåll i vissa situationer, dvs. ett beslut om att den som är närvarande beläggs med viss tystnadsplikt.

FR *Au cours d'une démonstration [d'autopsie], on doit évaluer la pertinence de lever ou de conserver le secret médical (sekretessprövning), comme tu l'écrit également selon l'article 1 du chapitre 25 de la loi de transparence et de secret¹. Et pour ne pas révéler des données concernant le défunt, il peut alors paraître naturel de recouvrir son visage. Pour la même raison on peut avoir peut-être besoin de couvrir d'autres parties du corps. Il n'est pas possible de déterminer au préalable [s'il faut couvrir le visage ou non] mais cela doit être soupesé dans chaque cas. Un éventuel secret de l'instruction (article 1 du chapitre 18 de la loi sur la transparence et le secret²) peut aussi possiblement affecter si et comment on présente le défunt. Ceci est une limitation au principe de transparence **par considération pour l'intimité du défunt** [ma mise en gras] avec le soutien de la législation sur le secret (sekretesslagstiftningen). Ensuite cela dépend de ceux pour qui on fait la démonstration – s'ils peuvent avoir une telle relation à la Direction nationale de la médecine légale de Suède qu'ils sont au même niveau que des employés [concernant le devoir de silence] ou si on les considère comme extérieurs. On peut aussi présenter un défunt dans certaines situations avec une décision indiquant que celui qui est présent [lors de la présentation] est couvert par une certaine obligation de devoir de silence.*

En utilisation la notion de *secret* (sekretess), Christina Bergenstrand fait implicitement référence au fait de ne pas divulguer des informations concernant le défunt, sous-entendu des informations qui pourraient porter atteinte à sa mémoire.

Dans ce passage, on comprend que le visage du défunt n'est pas présenté à des personnes qui ne sont pas soumises au secret médical et de l'instruction et si cela va à l'encontre de l'intimité du

¹ Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (25,1) – (SFS 2009:400, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014)

² Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (18,1) – (SFS 2009:400, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014)

défunt.

Destruction et reconstitution du corps

Un processus de destruction qui doit rester inapparent

Il n'échappera à personne que l'autopsie est un processus de destruction, une atteinte au cadavre autorisée par la loi, un examen para-clinique invasif aboutissant à la destruction en partie du sujet étudié. Même si on peut justifier cette pratique par le fait de vouloir rendre justice à la personne décédée, par devoir de mémoire ou encore arguer que la dégradation des tissus est inévitable, il n'en demeure pas moins qu'elle demeure une pratique barbare, barbare dans l'acception d'une pratique primitive et inconvenante. Elle est toujours réalisée plusieurs milliers de fois chaque année en Suède en partie du fait que l'imagerie post mortem à visée diagnostique (postmortal bilddiagnostik) appelée couramment *autopsie virtuelle** (scanner de l'ensemble du corps du défunt) n'a pas démontré sa supériorité sur l'autopsie conventionnelle. Je reviendrai sur le caractère barbare de l'autopsie dans la deuxième partie.

Toutefois, ce processus destructeur doit être le plus caché possible pour ne pas être justement inconvenant. Dans le service d'anatomo-pathologie* d'Uppsala, on a retiré intentionnellement des protocoles toutes les mentions d'instruments afin de ne pas choquer les proches du défunt qui liront le rapport. Par exemple on n'écrit plus que l'on ouvre le crâne avec une scie circulaire ou que l'on révèle la moelle osseuse au moyen d'un marteau. On ne retire pas non plus le cerveau devant les étudiants. C'est en effet ce qu'ils rapportent avoir le plus de mal à voir.

En médecine légale, dans les services où j'ai travaillé (Uppsala et Stockholm), on ne fait pas non plus de mention explicite des techniques invasives utilisées mais la raison en est incertaine. Elle

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

paraît plutôt liée à une volonté d'enlever de l'expertise tous les éléments qui ne sont pas directement informatifs.

La reconstitution la meilleure possible, une évidence éthique non inscrite dans la loi

En vue de la reconstitution, l'atteinte aux téguments doit être la plus limitée possible. Une entaille est faite au niveau du crâne au niveau des cheveux. Si un défunt n'en a pas à l'avant du crâne, la cicatrice est, tant que cela est possible techniquement, repoussée en arrière parmi les cheveux. Une ouverture médiane est pratiquée au niveau du tronc, elle n'est pas visible une fois le défunt habillé.

Contrairement à la France, les suédois refusent de faire une entaille au niveau du cou de manière systématique par égard pour la famille, le cou étant visible lors de la présentation du défunt. Ils ne la pratiquent que dans le cadre d'une suspicion d'homicide.

Les prélèvements cutanés restent exceptionnels et sont limités au strict nécessaire, par exemple le point de contact lors d'une électrocution. J'ai à une occasion eu de grandes difficultés à faire accepter à un assistant de me laisser faire une entaille au niveau de la main d'un défunt pour confirmer un saignement sous les téguments. L'assistant m'a déclaré que cela était inacceptable vis-à-vis de la famille. J'ai répondu que le défunt que j'autopsiais avait apparemment tué sa femme puis s'était visiblement suicidé mais je recherchais des signes de l'intervention d'un tiers, par exemple celle d'un amant jaloux. Ne pouvant nous mettre d'accord, un collègue est intervenu. Nous avons convenu que l'entaille serait la plus petite possible et que la plaie recousue serait recouverte d'un pansement.

L'égard témoigné à l'encontre de la famille ne doit toutefois pas favoriser le dépérissement de la preuve et dégrader la qualité de l'enquête, mettant en danger le devoir de justice dû au défunt

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

et à la société. Les nécessités de l'enquête, si besoin, prennent le pas sur le devoir de la présentation la meilleure possible du cadavre aux proches, par exemple en prélevant les téguments autour d'une plaie par arme blanche.

L'obligation de reconstitution du corps après une autopsie médico-légale n'est pas inscrite dans la loi en Suède tout comme elle ne l'était pas jusqu'en 2011 en France. Mais cette apparente similitude cache un véritable gouffre juridique et éthique entre ces deux pays.

Contacté par des familles dont la « restitution du corps [était] effectuée dans un état inconvenant et choquant pour les proches », le médiateur de la République française, dans un courrier de mai 2009 adressé à la Garde des Sceaux, à la ministre de la Justice et à la ministre de l'Intérieur¹, regrettait que « l'absence de cadre légal ou réglementaire [était] une caractéristique majeure de la médecine légale française » et que « l'obligation faite aux médecins de s'assurer de la meilleure restauration possible du corps, formulée à l'article L1232-5 du code de la santé publique [français], ne s'appliqu[ait] qu'aux autopsies médicales et n'[était] pas expressément prévue pour les autopsies judiciaires ». Des corps n'étaient ainsi pas recousus dans certains services de médecine légale français en toute légalité pour diverses raisons : risque de contamination par le virus du VIH et de l'hépatite B ou C, contraintes techniques ou état de putréfaction avancée ne permettant pas de présenter le corps aux familles. C'est finalement l'article 147 de la *loi française n° 2011-525 du 17 mai 2011 sur la simplification et la clarification du droit* qui introduira une obligation légale « [pour] le praticien ayant procédé à une autopsie judiciaire de s'assurer de la meilleure restauration possible du corps avant sa remise aux proches du défunt. »²

¹ Médiateur de la République française (mai 2009). Note d'information intitulée « *Renforcement de l'encadrement juridique des autopsies judiciaires* » adressée à la Garde des Sceaux et Ministre de la Justice, à la Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales et à la Ministre de la Santé et des Sports

² Le défenseur des droits. (27 juin 2011). *Renforcement de l'encadrement juridique des autopsies judiciaires (clôture en satisfaction de la proposition de réforme 09-R008)*, p. 2

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

La question de la reconstitution du corps ne se pose pas en Suède. Elle doit être faite dans tous les cas et être aussi complète que possible. Je me souviens avoir vu un assistant reconstituer à Uppsala le corps d'une femme victime d'un accident de la voie publique. Son corps était en plusieurs morceaux, il ne me serait jamais venu à l'idée de le reconstituer. L'assistant a pris environ 2 heures 30 pour la recoudre et le corps a été présenté à la famille. Les proches ont ensuite écrit au chef de service pour témoigner de combien il avait été important pour eux d'avoir la possibilité de voir une dernière fois la défunte et combien ils avaient apprécié la qualité du travail de l'assistant. Le but de la reconstitution n'était pas dans ce cas de restituer le corps dans son état avant autopsie mais de le rendre en meilleur état et présentable aux proches.

Le premier article de la *loi (1995:832) réglementant l'autopsie*¹ souligne la valeur légale qui traverse toute la pratique, à savoir le respect : « Celui qui portera atteinte à l'intégrité d'un cadavre ou qui prendra toute autre mesure en rapport avec celui-ci, devra s'acquitter de sa tâche avec respect pour le défunt ». Il apparaît alors évident que le respect pour le défunt implique de ne pas le laisser « ouvert », a fortiori à la vue de ses proches.

Le respect dû au mort en France ne semble pas induire l'obligation de le recoudre après une autopsie médico-légale. Comme le notait en mai 2009 le médiateur de la République française dans le courrier cité plus haut² :

Certes, des dispositions juridiques consacrent le respect dû aux morts. Ainsi, l'article 225-17 du code pénal [français] condamne les atteintes à l'intégrité du cadavre. Par ailleurs, la loi [française] n°2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire a introduit dans le code civil la disposition suivante : « Art. 16-1-1. - Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence. » Toutefois, il s'agit là de principes

¹ Lag (1995:832) om obduktion m.m. (SFS 1995:832, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:760)

² Médiateur de la République française (mai 2009). Note d'information intitulée « *Renforcement de l'encadrement juridique des autopsies judiciaires* » adressée à la Garde des Sceaux et Ministre de la Justice, à la Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales et à la Ministre de la Santé et des Sports, p. 2

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

généraux qui ne visent pas spécialement la médecine légale.

Par ailleurs, à la lecture des travaux préparatoires à la *loi suédoise (1995 : 832) réglementant l'autopsie*¹, il apparaît évident que le corps ne doit pas rester ouvert le temps que certaines de ses parties soient analysés. Si le corps doit être recousu le temps que certains de ses tissus soient examinés, cela sous-entend a fortiori que le corps doit être recousu lorsque tous les tissus y sont retournés. Cela semblait trop évident pour être inscrit dans la loi.

À noter que l'article 5 de la *loi suédoise (1995 : 832) réglementant l'autopsie* indique que « tout le matériel biologique doit être remis à l'intérieur du corps quand l'autopsie est achevée, à moins qu'aux fins de l'autopsie il soit nécessaire que le matériel soit prélevé pour être examiné sous une période plus longue ». Tous les tissus retournent par conséquent au corps, à l'exception des tissus détruits au cours de l'analyse et des organes qui ont été utilisés en greffe. Cela concerne également le cerveau. Même si le cerveau adulte doit bénéficier pour être analysé de manière optimale d'une fixation de trois semaines, il est fixé dans le formol entre 10 et 14 jours. La durée de fixation est réduite par égard pour les familles pour qu'elles puissent enterrer leur mort dans un délai raisonnable, le cerveau devant être retourné au défunt. L'opinion publique suédoise est sensibilisée à ce retour des organes au niveau du corps, et en particulier du cerveau depuis 2003 où deux sœurs avaient fait savoir dans la presse combien elles avaient été choquées d'apprendre que leur père avait été enterré sans son cerveau, comme s'il s'agissait d'un écervelé. Une des sœurs avait même l'impression d'avoir trahi son père en n'empêchant pas cela.²

Des changements de procédure peuvent être réalisés à la demande des familles. Une autopsie peut être par exemple effectuée rapidement pour des motifs religieux ou le délai de fixation

¹ Förarbetena till lagen 1995 : 832 - Prop. 1994/95:148 s. 92 och s. 93

² Voir leur témoignage dans Harne, A. (26 août 2003). Arne begravdes utan sin hjärna. *Aftonbladet*. Disponible le 4 août 2014 sur le site aftonbladet.se

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

du cerveau dans le formol peut être encore raccourci à 8/9 jours pour permettre un enterrement plus rapide. En cas de suspicion de meurtre par traumatisme crânien, le cerveau sera tout de même fixé dans le formol pendant au moins 21 jours et ce délai ne pourra en aucun cas être réduit, les besoins de l'enquête nécessitant un diagnostic dans les meilleures conditions possibles primant alors sur toute autre considération.

Assistance aux familles

L'assistance aux familles prend des formes très variées. Elle consiste tout d'abord à répondre aux questions que celles-ci se posent.

Le médecin prend parfois les devants. Ainsi un médecin légiste d'Uppsala, Håkan Sandler, a coutume d'envoyer un courrier aux parents dont le nourrisson est décédé. Après avoir présenté ses condoléances et regretté la disparition de leur enfant, il explique en détail, sans utiliser de mots qui pourraient choquer, ce qui va être fait et dans quel délai pour que les parents comprennent pourquoi les examens prennent du temps, quand ils pourront voir leur enfant et quand ils pourront l'enterrer.

L'aide au travail de deuil consiste notamment à témoigner de la solidarité, à essayer de reconstituer ce qui a pu mener au décès de l'être cher et la façon dont la mort a pu survenir. Comprendre ce qui s'est passé est pour les familles un moyen d'accepter un décès qui est d'autant plus traumatisant qu'il est, dans la plupart des cas, inattendu. Une proportion des personnes qui décèdent étant atteintes de pathologies socialement peu tolérées comme l'alcoolisme ou la toxicomanie, constater que le défunt n'est pas « jugé » moralement par le médecin et que son enquête-décès n'est pas pour autant bâclée constitue, selon mon expérience, un réconfort pour les familles.

Le médecin légiste considère souvent le contact avec les familles comme un de ses devoirs

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

prioritaires. Il n'est pas rare que celles-ci discutent à plusieurs reprises avec le médecin mais aussi avec les enquêteurs médicaux du service qui sont chargés de rechercher des informations médicales pouvant être utiles à l'enquête.

Un des rôles inhérents au service est de présenter le défunt à la famille dans de bonnes conditions. À Uppsala, celui-ci est présenté dans une pièce qui ressemble au séjour d'une maison suédoise classique, avec un ameublement confortable et un décor soigné. Le cadre est tel qu'on en oublie que l'on se trouve dans un hôpital et dans une morgue.

Le médecin légiste doit par ailleurs veiller à préserver les droits des proches en leur fournissant les documents qui leur sont nécessaires pour faire valoir leurs droits.

Le médecin légiste répond également aux questions des familles qui disposent d'un large accès au rapport d'autopsie. Des informations concernant le défunt peuvent être communiquées si elles ne portent pas atteinte à sa mémoire, critère décisif quand on doit évaluer la pertinence de lever ou de préserver le secret médical (sekretessprövning).¹

Le médecin légiste contacté par les familles peut leur donner des conseils en matière de santé. En cas de maladie héréditaires, par exemple d'hypertrophie myocardique familiale, le médecin pourra orienter les familles vers le système de soins pour dépistage. Lorsqu'un nourrisson décède et que la mort peut être reliée à une maladie génétique, le médecin légiste orientera la famille vers un conseil prénatal.

Il existe toutefois un conflit entre le devoir d'assistance aux familles et la réglementation. Le médecin légiste ne peut que répondre aux sollicitations des familles, il n'a en effet pas le droit d'initier lui-même la diffusion d'information. Il a seulement le droit de communiquer l'expertise à ceux qui lui en ont passé commande (police, procureur) et à certaines agences nationales : à la

¹ Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (25,1) – (SFS 2009:400, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014)

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

Direction nationale de la santé et des affaires médicales (Socialstyrelsen) à qui il communique le certificat de cause de décès (dödsorsaksintyget), à l'Agence des impôts (Skatteverket) à qui il transmet le certificat de décès (dödsbeviset) et à l'Administration des transports (Trafikverket) où il participe parfois à des programmes de prévention des accidents de la voie publique. Le médecin légiste ne peut même pas signaler un diagnostic de cancer au *registre suédois des cancers* (*cancerregistret*) ou envoyer des informations d'importance aux cliniciens. Ainsi, il doit faire le diagnostic de maladie génétique sans pouvoir demander conseil à un généticien. La qualité de son diagnostic peut donc être parfois mise en question.

9. ÉTABLISSEMENT DE CERTIFICATS MEDICO-LEGAUX

La rédaction des certificats médico-légaux est organisée par la *loi (2005:225) réglementant les certificats médico-légaux en lien avec une infraction*.¹ Ces derniers doivent être rédigés par un médecin de la Direction nationale de la médecine légale de Suède si « des lésions, des maladies ou d'autres éléments que le certificat pourra mettre en évidence sont estimés d'importance au cours d'une enquête concernant une infraction :

1. qui peut entraîner des peines autres que de simples amendes
2. correspondant aux critères de l'article 31 de la *loi (1964:167) comportant des dispositions particulières pour les jeunes délinquants*² [par exemple une infraction commise par un mineur de 15 ans où la peine encourue est supérieure à un an] et que l'infraction aurait pu entraîner une peine autre qu'une simple amende (article 2). »

Concernant le point 1, le certificat médico-légal pourra être également émis par un médecin

¹ Lag (2005:225) om rättsintyg i anledning av brott (SFS 2005:225, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:651)

² Lag (1964:167) med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare (SFS 1964:167, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:650)

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

n'appartenant pas à la Direction nationale de la médecine légale mais jouissant de certaines compétences (article 2).

À noter que le médecin est soumis aux dispositions générales de disqualification des articles 11 et 12 de la *loi (1986:223) réglementant la procédure administrative*.¹ Il est disqualifié d'office par exemple si l'enquête le concerne ou concerne son mari/sa femme, s'il participe à une contre-expertise (au Conseil juridique de la Direction nationale suédoise de la santé et des affaires médicales) alors qu'il a pris part à l'expertise initiale ou encore s'il y a des circonstances particulières qui peuvent conduire à remettre en cause son impartialité dans l'affaire concernée.

Une asymétrie de consentement

Un examen corporel* en vue de l'établissement d'un certificat médico-légal ne peut être fait sans l'accord du plaignant (article 4) à moins que :

1. la peine encourue pour l'infraction suspectée soit d'au moins un an d'emprisonnement ou la tentative d'infraction d'au moins de deux ans,
2. la peine encourue pour la tentative d'infraction suspectée soit d'au moins un an si l'infraction a consisté en une tentative de transmettre une maladie dangereuse telle que définie dans l'article 3 du chapitre 1 de la *loi (2004:168) de protection contre les maladies*.²
3. il y ait une suspicion d'infractions décrites aux chapitres 3, 4 et 6 du Code pénal suédois (par exemple meurtre ou grave atteinte à l'intégrité) ou d'infractions qui sont réprimées par la *loi (1982:316) réglementant l'interdiction des mutilations génitales des femmes*³, ou à l'encontre d'un mineur de 18 ans,

¹ Förvaltningslagen (1986:223) – (SFS 1986:223, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:630), parag. 11-12

² Smittskyddslagen (2004:168) (1,3) – (SFS 2004:168, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:763)

³ Lag (1982:316) med förbud mot könsstympning av kvinnor (SFS 1982:316, uppdaterad: t.o.m. SFS 1999:267)

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

4. des informations concernant la confidentialité et le secret médical ont été communiquées à la police et au parquet après autorisation du plaignant.

Le plaignant peut refuser que certaines parties de son corps soient examinées. Le mis en cause n'a pas ce privilège et l'examen corporel* est réalisé sans son consentement (article 5 de la *loi 2005:225 réglementant les certificats médico-légaux en lien avec une infraction*) et en totalité. Cela peut sembler parfois disproportionné que l'examen inclue la totalité du corps (y compris les organes génitaux) quand l'infraction dont il est soupçonné ne peut laisser présager qu'il puisse y avoir une lésion en rapport avec les faits à cet endroit.

L'article 12 du chapitre 28 du Code de procédure judiciaire¹ - qui définit l'examen corporel* de manière large comme un « examen externe du corps humain ainsi que prise d'échantillons et leur analyse » - précise toutefois que cet examen ne pourra être réalisé s'il est susceptible d'occasionner des séquelles, blessures ou maladies.

Une symétrie de valeurs

Face à cette asymétrie de consentement, le mis en cause doit bénéficier des mêmes égards que tout patient, et ce de manière indépendante de la nature des faits qui lui sont reprochés. Montrer du respect, c'est reconnaître l'humanité de l'Autre dans une situation traumatisante. Cela passe par un comportement qui peut paraître banal mais qui a une haute portée symbolique : le médecin légiste doit dire comment il s'appelle, où il travaille et où il est joignable, serrer la main, appeler par le prénom, prendre le temps d'effectuer l'examen dans des conditions sereines et répondre aux

¹ Rättegångsbalk (1942:740) 28:12

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

questions.

Adopter le même comportement vis-à-vis du plaignant et du mis en cause, c'est aussi respecter la présomption d'innocence. Le médecin légiste devrait être renforcé dans cette attitude lorsqu'il est évident, après avoir examiné le plaignant et le mis en cause, que le mis en cause en garde à vue est en fait la victime, chose qui n'est pas rare dans les violences intraconjugales. J'avais été particulièrement marqué par un homme emprisonné depuis cinq jours qui présentait parmi de nombreux hématomes une plaie longue et profonde du cuir chevelu qui n'avait pas été recousue, la gravité des faits reprochés lui retirant tout droit à être soigné. Sa compagne, qui était la plaignante, n'avait pour sa part aucune lésion et apparaissait visiblement comme l'auteur des faits.

Les soins à la marge

Le médecin légiste doit en outre prévenir la personne examinée lorsqu'elle nécessite des soins complémentaires. Il s'agit le plus souvent d'une suspicion de fracture, de lésion oculaire ou tympanique. Pour ne pas être disqualifié de son rôle d'expert, le médecin légiste ne peut pas prodiguer des soins hors de l'urgence. Si la personne examinée nécessite des soins urgents et qu'elle est privée de liberté, le médecin légiste signale à l'autorité compétente le caractère impérieux de soins rapides. Il demandera également à la police de se procurer une copie du dossier médical concernant les soins qui auront été dispensés afin de l'intégrer si nécessaire à son expertise.

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

Expertises sur dossier (yttrande)

Les expertises effectuées à partir du dossier médical et de photographies ont du sens quand elles sont intégrées à un examen corporel* effectué par un médecin légiste quelques jours plus tard.

Ce mode d'expertise sur dossier connaît un certain succès du fait de la faible densité de la population suédoise rendant la proximité géographique entre un médecin légiste et une personne à examiner quelque peu aléatoire. On peut se demander néanmoins si, parmi les 3284 expertises sur dossier réalisées en 2013, une partie n'aurait pas pu bénéficier d'un examen corporel*, permettant ainsi d'obtenir une meilleure documentation des blessures.

La première difficulté concerne l'analyse que doit faire un médecin légiste des lésions notées dans le dossier. Ainsi « un hématome au front » aura quasiment droit à une page d'analyse du médecin légiste, notamment en écrivant qu'un hématome est dû à une violence par pression (coup de poing, chute contre objet dur, coup de pied...) et que les dires du plaignant sont compatibles avec le dossier médical si celui-ci a déclaré qu'il a été frappé au visage. Écrire un tel texte nécessite que le médecin légiste fasse confiance au médecin ayant écrit l'observation et qu'il n'ait pas confondu une collection de sang avec un processus inflammatoire (par exemple une vaccination par le BCG) ou une rougeur. Donner toute une série d'hypothèses de survenue des lésions sans jamais avoir vu la personne concernée, c'est avant tout « blanchir » le dossier médical de tout soupçon et lui donner une apparence de validité médico-légale. J'en prendrai pour exemple le cas d'une plaignante qui avait été selon ses dires frappée au visage. Je l'avais examinée à 14 heures et elle ne présentait aucune lésion, seulement deux veines symétriques de chaque côté du front. J'avais tout de même commandé son dossier médical pour savoir si elle avait présentée des lésions initialement. Quelle ne fut pas ma surprise de constater qu'elle avait été examinée le même jour, à 11 heures, par un médecin qui avait retrouvé un bleu du côté droit du front. Il avait confondu une veine avec un

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

hématome. Si je n'avais effectué qu'une expertise sur dossier, j'aurais « lavé de tout soupçon » les notes du dossier médical et aurait amplifié la valeur d'une observation qui était fausse. Ce mode d'expertise peut s'avérer ainsi inutile et dangereux. Inutile car on peut facilement imaginer qu'un policier ou un procureur ayant de l'expérience a une idée de comment peut survenir un bleu sans avoir besoin de longues explications voire de spéculations. Dangereux pour le risque de « blanchiment » et d'élévation au niveau de preuve irréfutable d'informations qui ont été avant tout collectées dans une démarche de diagnostic et de soin, non d'éléments à charge au cours d'une procédure judiciaire.

Le nombre d'expertises sur dossier gagnerait donc à être diminué au profit d'examen corporels. En France, il existe de très nombreuses Unités de consultations médico-judiciaires (UCMJ) pour que l'examen corporel* puisse être réalisé à une distance raisonnable du domicile de la personne à examiner. Cela nécessite un maillage étroit du territoire de telles unités et donc un coût non négligeable pour la société. L'issue d'une procédure judiciaire concernant des coups et blessures est toutefois tributaire de la qualité de la documentation des lésions.

Concernant les expertises sur dossier, le docteur Elias Palm, médecin légiste à Lund, invite à une certaine prudence (viss försiktighet) quand les photographies ont été faites par ceux auxquels l'expertise médico-légale est destinée. Il me précise ainsi dans un courriel du 9 juin 2014 :

SE När det gäller yttrande så är fotografier många gånger en stor tillgång, eftersom skador sällan är tillräckligt bra beskrivna i patientjournalen. Men ibland utgör fotodokumentationen det enda underlaget för ett rättsintyg och vid de tillfällena är det av stort vikt att materialet (bilderna) är tillförlitligt. Rimligtvis bör man kunna förutsätta på att bilder som är tagna av polisen eller sjukvården uppfyller detta krav. Men när fotografierna är tagna av den som rättsintyget avser (oftast målsäganden) så kan det finnas anledning till viss försiktighet. Skadorna kan nämligen både vara fejkade (sminkade på huden före fotografering) eller skapade i den digitala filen (bildmanipulering).

Partie 1 : Le médecin légiste dans la procédure judiciaire

FR *Quand il s'agit d'une expertise sur dossier, les photographies sont souvent un réel atout dans la mesure où les lésions sont rarement suffisamment décrites dans le dossier médical. Mais parfois la documentation photographique est la seule base de l'expertise médico-légale et dans ces moments, il est très important que le matériel (les photos) soit fiable. On devrait raisonnablement présumer que les photographies prises par la police ou le personnel soignant répondent à cette exigence. Mais quand les photographies ont été prises par celui auquel l'expertise médico-légale est destinée (le plus souvent le plaignant), il peut y avoir des raisons de faire preuve d'une certaine prudence. Les lésions peuvent être fausses (maquillage de la peau avant la prise de la photographie) ou créées dans le fichier numérique (manipulation d'image).*¹

Après ce bref passage en revue de l'activité du médecin légiste et de quelques questions éthiques qu'elle soulève, je vais aborder plus en détail ce qui se passe au cœur de l'expertise, à l'intersection entre faits et valeurs. Je prendrai comme point de départ le colloque singulier, modalité classique de la relation médecin-patient qui ne peut survivre ni au soin rejeté à la marge, ni au soupçon de partialité du médecin expert au cours de la procédure judiciaire.

¹ Elias Palm a effectué une présentation intitulée "Fejkade skador och manipulerade bilder" (Fausses lésions et photographies manipulées) le 19 avril 2012 à Stenugnsbaden aux journées nationales de la médecine légale de Suède (RM dagarna). L'extrait du courriel est cité avec son aimable autorisation.

PARTIE 2 : LE MEDECIN LEGISTE, ENTRE FAITS ET VALEURS

A. UNE IDENTITE MEDICALE EN QUESTION

1. L'AUTOPSIE, UNE PRATIQUE BARBARE ?

L'autopsie est une pratique qui consiste à détruire la personne même à qui elle est censée rendre justice. A-t-elle seulement sa place dans nos sociétés modernes? Comme le fait remarquer Gorm Palm, il arrive que les familles refusent de donner leur accord à une autopsie clinique parce que « l'idée d'un cadavre entaillé est trop effrayante ».¹

L'imagerie post mortem (bilddiagnostik vid undersökning på avlidna), communément appelée autopsie virtuelle (virtuell obduktion), est non invasive et présente l'avantage d'être plus performante que l'autopsie traditionnelle pour mettre en évidence certains saignements internes ou de fines fractures osseuses.

Elle peut également participer à une meilleure évaluation de la preuve. La visualisation de photographies réalisées en cours d'autopsie peut en effet conduire ceux qui doivent juger un homicide à détourner la tête de dégoût. Ils ne sont donc pas en condition pour évaluer la preuve de manière correcte ou alors ils peuvent être tentés de le faire sous le coup de l'émotion.²

Le scanner permet en outre de donner des milliers de clichés qui peuvent être stockés et exploités à la demande des autorités judiciaires si d'autres questions surgissent.³

L'imagerie post mortem n'a toutefois pas réussi à supplanter l'autopsie car ses indications ne sont

¹ Palmgren, G. (2005). Skanning av lik ersätter obduktion. *Illustrerad Vetenskap*. IV (7), p. 36

² Palmgren, G. (2005). Skanning av lik ersätter obduktion. *Illustrerad Vetenskap*. IV (7), p. 37

³ Palmgren, G. (2005). Skanning av lik ersätter obduktion. *Illustrerad Vetenskap*. IV (7), p. 39

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

pas validées en Suède¹ et que l'autopsie, en permettant la découverte de crimes et en tant qu'outil de santé publique, est indispensable à la société. Si elle reste une référence et qu'elle est toujours réalisée, même lorsque l'imagerie post mortem a conclu à une mort naturelle, c'est avant tout parce que le système judiciaire ne peut pas se permettre de ne pas exploiter tous les éléments de preuve qui sont à la fois utiles à l'enquête et qui déperissent rapidement.

L'imagerie post mortem gagne toutefois du terrain et elle est dans certains cas un complément indispensable à l'autopsie. Par exemple, ne pas demander de scanner préalable à l'autopsie aux fins de modélisation en trois dimensions en cas de fracas du crâne avec suspicion d'intervention d'un tiers, est considéré par beaucoup comme faire preuve de légèreté.

Avec le temps l'autopsie a vocation toutefois à voir ses indications réduites dans la mesure où la plupart des prélèvements simples (histologie, toxicologie) pourront être faits par les radiologues. Ces derniers sont d'ailleurs déjà habitués aux examens invasifs comme par exemple la réalisation de biopsie du sein à la recherche de cancer.

Ce côté « barbare » de l'autopsie va à l'encontre de la société suédoise où on évite parfois de montrer des photos trop violentes au tribunal, rendant parfois la violence subie par la victime virtuelle. Pour le Professeur Dominique Lecomte, le caractère plus « humain » de l'imagerie post mortem est toutefois contestable :

Et puis, est-il vraiment plus humain de livrer un corps à la seule machine informatique, pour laquelle il est réduit à quelques équations, que de le confier d'emblée aux mains d'un autre être humain, pour qui il est une personne ?²

¹ La validation de ses indications a fait l'objet d'une enquête approfondie du Professeur Anders Eriksson pour le compte du Conseil suédois pour l'évaluation des technologies de la santé (en suédois Statens beredning för medicinsk utvärdering, en anglais Swedish Council on Health Technology Assessment) mais ses conclusions n'ont pas été rendues publiques au 1^{er} octobre 2014.

² Lecomte Dominique, *Quai des ombres, vingt ans au service des morts*, Paris, Pocket, 2012, p. 130

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Ne pas faire d'autopsie, par exemple à la recherche d'infanticide, serait toutefois pour certains une bien plus grande barbarie, permettant à des assassins d'échapper à une condamnation et mettant ainsi la sécurité des citoyens en danger.

Pour des raisons de santé publique, on ne peut pas non plus diminuer le nombre d'autopsies en se basant alors sur les seules données statistiques d'autres pays. Les populations et les conditions de vie ne sont pas les mêmes et les enjeux en matière de stratégie de soins ne sont donc jamais strictement comparables.

2. UN MEDECIN SANS PATIENT, UN DIAGNOSTIC SANS SOINS

Le médecin légiste ne doit son existence professionnelle et sa spécialité qu'à la police et aux magistrats qui le sollicitent. Le but de son examen est de produire un certificat médico-légal à l'intention de l'autorité requérante, non au plaignant ou au mis en cause.

Il n'a d'ailleurs par essence aucun rôle soignant. Concernant la personne décédée, il n'y a plus de soin à proprement parler, tout au plus un éventuel conseil à donner à la famille s'il existe une maladie héréditaire. Concernant le soin envers une personne examinée, hors de l'urgence, il n'y en a pas. Si le médecin légiste en prodiguait hors du cadre de l'urgence, il risquerait de prendre parti et d'être disqualifié de son rôle d'expert.

Si l'on estime que la médecine associe l'établissement d'un diagnostic et la prescription d'un traitement, il ne reste que le diagnostic au médecin légiste. Il s'agit d'un diagnostic inutile pour la personne directement concernée lorsqu'il s'agit d'une autopsie. Le diagnostic ne sera utile à la personne vivante examinée qu'à la marge, qu'à la limite de l'exercice et dans de rares cas aux fins d'orientation vers le système de soins. Ainsi, un tympan percé ou une suspicion de lésion oculaire constituent des diagnostics/orientations diagnostiques qui ne servent pas que les buts de la

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

procédure judiciaire mais aussi les personnes examinées.

Certains médecins, comme le légiste, ne font pas du soin mais seulement du diagnostic. On citera parmi eux les biologistes, les radiologistes (en exercice non interventionnel) et les anatomo-pathologistes. Ceux-ci ont toutefois un diagnostic aidant et indispensable à un traitement efficace. Face à eux, le médecin légiste semble perdre son statut de médecin pour ne revêtir que celui d'expert.

Quel sens reste-t-il alors à son identité médicale ?

Le naufrage du colloque singulier au cours de l'expertise médico-légale

On pourrait penser qu'il reste dans la relation médecin légiste – personne vivante examinée le colloque singulier. Celui-ci désigne la relation bilatérale, protégée et de confiance du médecin et de son patient. Si l'on rapproche la relation médecin-malade des relations médecin-plaignant et médecin-mis en cause, on s'aperçoit que la relation ne peut être bilatérale puisque la procédure pénale nécessite l'intervention de tiers. Elle n'est pas protégée car le secret médical ne peut être opposé au secret de l'instruction en Suède s'il s'agit de faits importants pour les suites judiciaires. Il n'y a pas de colloque singulier non plus car il ne peut y avoir de rapport de confiance : tout ce que peut dire la personne examinée au médecin en rapport avec l'affaire examinée pourra être éventuellement utilisé à son détriment par la partie adverse. Le médecin ne doit pas agir en partant du principe que la personne lui dit toute la vérité. Par exemple, s'il examine dans une même affaire à la fois le plaignant et le mis en cause et qu'ils ont des témoignages contradictoires, le médecin ne pourra que constater qu'au moins l'un des deux ment.

Il reste donc au médecin à reconnaître en l'Autre son visage, son humanité et à lui témoigner du respect. L'empathie et la compassion qu'il peut manifester envers l'Autre peuvent néanmoins

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

s'avérer contre-productives dans le cadre de la mission que lui ont assignée la police et le procureur. C'est ce que nous allons voir au travers de deux exemples que j'appellerai respectivement *l'abandon à l'Amour* et *le suicide accompagné susceptible de ne pas l'être*.

L'abandon à l'Amour

Mon tout premier cours de médecine légale me fut dispensé en 1994 par Louis Arbus, professeur de médecine légale à Toulouse. La première leçon en médecine légale que je reçus ce jour-là et dont je n'ai pendant longtemps pas saisi la portée, était la suivante :

En médecine légale, il ne faut pas se laisser aller à l'Amour.

Par-là Louis Arbus entendait, il me semble, qu'il ne fallait pas laisser ses sentiments entraver son jugement. Je ne me souviens plus, au bout de vingt ans, du détail de l'anecdote mais je crois qu'elle pouvait être résumée comme suit. Le Professeur Arbus, dans ses jeunes années, avait effectué une expertise concernant deux jeunes gens âgés de 16 ans. Ils avaient apparemment malencontreusement écrasé un piéton et en étaient navrés. Le Professeur Arbus, visiblement désolé de voir le destin de si jeunes gens brisé, fut ému par sa rencontre avec eux, et rapporta qu'ils avaient accidentellement écrasé le piéton. La veille du procès, le juge lui notifia combien il était intéressé de le voir exposer les arguments qui sous-tendaient ses conclusions. Le lendemain, il apparût que les jeunes gens avaient écrasé le piéton à plusieurs reprises en alternant marche avant et arrière, ce qui rendait la thèse de l'accident soudainement bien improbable. Le Professeur conclut l'anecdote en signifiant qu'il avait passé un moment très désagréable à la barre, particulièrement lorsque l'avocat de la défense n'avait cessé de lui rappeler ses conclusions écrites qui n'avaient finalement aucun

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

fondement. Mû par la compassion ne concernant que les auteurs présumés (et non la victime), l'expert n'avait pas rempli correctement sa mission, notamment peut-être parce qu'on ne lui avait communiqué que des circonstances partielles.

Le suicide accompagné suspect de ne pas l'être

La seconde anecdote m'a été rapportée à la fin des années 90, toujours à Toulouse, alors que j'étais en stage en gériatrie. C'est à cette époque que j'eus l'occasion de découvrir que la compassion envers un patient pouvait entraîner, par effet miroir, insensibilité et méfiance vis-à-vis d'autrui.

Deux personnes âgées avaient été retrouvées à leur domicile dans un état de somnolence avancée. Hospitalisées, un des médecins du service, légiste de formation, identifia une plaie au niveau du crâne de la femme qui semblait causée par un objet contondant et relever de l'action d'un tiers. L'enquête de police allait rapidement suspecter le mari d'avoir drogué sa femme puis de l'avoir frappée à la tête avec un objet contondant avant de tenter de se tuer lui-même par empoisonnement.

Le mari fut donc hospitalisé dans le service A et sa femme dans le service B. Le chef de département responsable des deux services fut abasourdi par le comportement du personnel des deux services. Comme attendu, le personnel du service B prenait fait et cause pour la femme qui avait probablement réchappé à une tentative de meurtre. Il manifestait beaucoup de colère vis-à-vis du mari qui ne pouvait qu'être un meurtrier de la pire espèce. Plus surprenant était le comportement du personnel du service A. Celui-ci était persuadé de l'innocence du mari. Ce dernier était tellement charmant qu'il ne pouvait être un meurtrier. Le personnel témoignait beaucoup de méfiance voire un rejet de son épouse. La seule explication de cette lésion à la tête pour certains était que la femme, visiblement manipulatrice, se l'était infligée à elle-même pour faire accuser à tort son mari innocent.

Le mari déclarera aux enquêteurs qu'il s'agissait d'un suicide accompagné mais son épouse

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

n'avait apparemment pas été mise au courant de ce projet.

Le piège de la compassion du service A pour le mari et du service B pour l'épouse était son caractère unilatéral. Elle était en outre principalement générée par un effet de proximité et non par une tentative de discernement. Cette compassion avait le mérite de remplir sa fonction dans le cadre des soins : le personnel était très attentif aux besoins de chacun de leurs patients et soucieux de diminuer au mieux les conséquences de l'épisode traumatisant que chacun semblait traverser. Le problème était que les membres du personnel auraient pu être partiaux dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Le visage de l'Autre en tant que dette envers la routine

Le visage de l'Autre peut néanmoins servir la procédure judiciaire s'il résonne comme un avertissement, une dette envers la routine. Ce n'est plus alors l'Autre qui est en face de moi et pour qui je prends fait et cause, c'est l'Autre qui représente la population de ceux qui ont été injustement condamnés. Sam Gross décrit ainsi le visage de ces autres :

EN *In theory, we should have known all along that false convictions happen and that they are caused by false or misleading evidence... But knowing that something must be true is not the same as seeing that it is true ; knowing abstractly that innocent people are convicted is a far cry from knowing their names and **faces** and learning how their lives were destroyed.*

FR *En théorie, nous aurions dû savoir tout du long que des condamnations injustes sont prononcées et qu'elles sont le fait de preuves fausses ou qui induisent en erreur... mais savoir que quelque chose doit être vrai n'est pas la même chose que de constater que c'est effectivement le cas ; savoir de manière abstraite que des gens innocents sont condamnés est bien loin de connaître leurs noms et leurs **visages** [ma mise en gras] et d'apprendre la façon dont leurs*

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

*vies ont été ruinées.*¹

3. SE DETOURNER DU VISAGE DE L'AUTRE : LA TENTATION DE L'ANAXIOLOGIE

La compassion pourrait donc agir par effet de proximité. On favoriserait celui que l'on connaît au détriment de celui que l'on ne voit pas. Citant Levinas, Suzanne Rameix montre comment « 'l'épiphanie du visage' nous oblige à sortir de nous-mêmes ».² Nous sommes attirés par l'Autre car nous reconnaissons son humanité et sommes sensibles à son histoire. Mais comment faire sortir l'amour, la compassion voire la haine de l'expertise ? Comment peut-on s'empêcher d'aimer celui que l'on examine ?

Une intuition serait de répondre que l'objet de notre étude peut avoir une apparence qui nous rebute, par exemple le corps d'un homme déchiqueté par un train pourrait nous dégoûter. J'ai pour ma part toujours trouvé le corps humain beau en toutes circonstances. La putréfaction d'un corps est une façon de le rendre à la nature, je ne pourrais pas le qualifier de répugnant.

L'Autre peut également nous sembler inhumain s'il a eu un comportement supposé qui lui fait perdre toute humanité à nos yeux, par exemple un homme qui aurait tué sa femme ou un autre soupçonné de viol d'enfant.

Il faudrait donc pouvoir se détourner momentanément du visage de l'Autre, le temps du procès et du jugement. Sophie Fraiberg montre que c'est un des enseignements du Talmud, s'agissant du procès d'un suspect :

Les juges et les tribunaux sont donc nécessaires pour comparer ce qui demeure pourtant de l'ordre de la singularité la plus irréductible. Et [Levinas] avoue son admiration pour un enseignement du Talmud (dans le traité Rosh hashana,

¹ Gross, S.R. (2008). CONVICTING THE INNOCENT. *Annual Review of Law and Social Science*. 4, p. 174

² Rameix Suzanne, *Les fondements philosophiques de l'éthique médicale*, Paris, Ellipses, 2002, p. 82

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

17b) qui essaie de réduire la contradiction apparente entre deux versets de l'Écriture. Le premier texte dit : « qui ne tourne pas sa face vers les personnes et qui ne reçoit pas de présents », enseignant ainsi la rigueur et l'impartialité de la justice. Le deuxième dit : « l'Éternel tournera sa face vers toi », enseignant que la face lumineuse de Dieu sera tournée vers l'homme soumis au jugement. La contradiction se résoudrait dans la sagesse de Rabbi Aquiba qui explique que le premier texte concerne la justice telle qu'elle se déroule avant le verdict alors que le deuxième précise les possibilités de l'après-verdict. **Il ne faut pas tourner sa face vers celui qu'on juge pour ne pas se laisser fléchir par son visage** [ma mise en gras], même s'il convient de le regarder après le jugement afin de garder en mémoire l'unicité irremplaçable de celui dont il a fallu sanctionner le comportement. C'est donc la charité qui exige la justice.¹

Neutralité axiologique et Wertfreiheit**

Au-delà des sentiments qui nous lient à l'Autre se pose aussi la question des valeurs que nous projetons sur lui. Comment ne pas avoir de l'empathie, du respect, de la pitié et de la solidarité vis-à-vis d'une personne que l'on examine et qui est couverte de blessures ou vis-à-vis d'une personne décédée dans des conditions tragiques ? Peut-on y substituer l'indifférence le temps du procès ? Une réponse traditionnelle est d'invoquer la neutralité axiologique* du savant qui serait inhérent à sa fonction et qui relèverait d'un devoir vis-à-vis de la science.

La neutralité axiologique* est traditionnellement attribuée en France à Max Weber suite aux traductions de Julien Freund. On citera la fameuse phrase extraite de son discours *Wissenschaft als Beruf* (le métier et la vocation de savant) prononcé le 7 novembre 1917 à Munich :

*Je suis prêt à vous fournir la preuve, au moyen des œuvres de nos historiens que, chaque fois qu'un homme de science fait intervenir son propre jugement de valeur, il n'y a pas de compréhension intégrale des faits.*²

¹ Fraiberg, S., *Emmanuel Lévinas : le sens universel de l'élection*. Disponible le 5 août 2014 sur le site Massorti.com

² Weber Max, *Le savant et le politique*, Paris, Bibliothèques 10/18, 2002, p. 104

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Dans la préface à ce discours, Raymond Aron écrit que Max Weber désirait ainsi...

...dégager l'éthique propre à une activité qu'il voulait conforme à sa finalité. Le savant doit refouler les sentiments qui le lient à l'objet, les jugements de valeur qui surgissent spontanément en lui et commandent son attitude à l'égard de la société.¹

Je ne suis pas sûr que le concept de *Wertfreiheit** (littéralement *liberté à l'égard des valeurs*) coïncide avec celui de neutralité axiologique*. Max Weber a raison quand il affirme que l'homme de science qui fait intervenir son propre système de valeurs pour l'examen des faits nuit à la bonne interprétation de ces derniers. Mais Weber ne semble pas pour autant bannir toute valeur mais son propre jugement de valeur, c'est-à-dire le poids de sa propre idéologie et de ses représentations. Je rejoins sur ce point Isabelle Kalinowski pour qui la *Wertfreiheit** qu'elle traduit par « non-imposition des valeurs » ne signifie pas la suppression des valeurs mais renoncer à « l'usage malhonnête qu'il peut être fait des valeurs lorsqu'elles sont présentes sans être données comme telles, lorsqu'elles sont 'masquées', 'cachées/verhüllt', connotées, au lieu d'être explicitées et exposées au grand jour ». ^{2,3}

Poursuivons avec le concept de neutralité axiologique* dans l'acception de retrait évoquée par Raymond Aron. Comme le note Hans Jonas, il y a deux dimensions à la neutralité axiologique*, une méthodologique et une ontologique. La première est « sois un observateur impartial », la seconde

¹ Weber Max, *Le savant et le politique*, Paris, Bibliothèques 10/18, 2002, p. 30-31

² Weber Max, Kalinowski Isabelle, *La science, profession et vocation suivi de Leçons webériennes sur la science et la propagande*, Marseille, Agone, 2005, p. 199

³ Suite aux remarques du Professeur Stig Strömholm lors de la soutenance, je supprime cette note de bas de page. Par ailleurs, je n'assimilerai pas, comme je l'ai vu faire, *Wertfreiheit** (*liberté à l'égard des valeurs*) à *Werturteilsfreiheit** (*liberté à l'égard des préjugés*). Le préjugé — jugement sur quelqu'un, quelque chose, qui est formé à l'avance selon certains critères personnels et qui oriente en bien ou en mal les dispositions d'esprit à l'égard de cette personne, de cette chose — n'a en effet pas grand chose à voir avec la valeur.

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

est de considérer l'objet de la connaissance comme sans valeur.¹

La conception ontologique est-elle tolérable ? Pour poser la question avec les termes d'Éric Pommier, est-il « *juste*, c'est-à-dire exact et légitime, de faire abstraction de la valeur lorsqu'on étudie le vivant et le corps humain en particulier ? ».² La réponse est bien évidemment négative. L'être humain ne peut être considéré comme sans valeur.

Il demeure néanmoins la neutralité axiologique* de type méthodologique, c'est-à-dire le fait de se détourner des valeurs pour pouvoir accomplir une mission de justice. On voit mal comment ce tour de passe-passe peut s'opérer. Habermas souligne en effet le caractère artificiel de l'absence supposée des valeurs dans l'expertise en parlant de « l'idée peu réaliste que le savoir des spécialistes, mobilisé à des fins professionnelles, pourrait être isolé des valeurs et des considérations morales ».³ Il critique la césure faits/valeurs de la neutralité axiologique* en ces termes :

C'est, du point de vue psychologique [se garder de tout jugement de valeur], la nécessité de rester fidèle à l'attitude théorique et, du point de vue épistémologique, la coupure entre la connaissance et l'intérêt – ce qui correspond, sur le plan logique, à la distinction entre jugements de faits et jugements de valeur; laquelle exige au niveau même de la structure linguistique un filtrage décisif entre les contenus cognitifs et les contenus purement émotifs. Or, le terme même de « neutralité axiologique » n'est pas sans nous rappeler que les postulats qui sont liés à cette idée ne correspondent plus à la définition classique du mot théorie. Dissocier les valeurs et les faits, c'est opposer un devoir-être abstrait à l'être pur et simple.⁴

¹ Jonas Hans, *L'art et la responsabilité médicale*, Paris, Les éditions du cerf, 2012, p. 38

² Voir la préface d'Éric Pommier à la page 20 de Jonas Hans, *L'art et la responsabilité médicale*, Paris, Les éditions du cerf, 2012.

³ Habermas Jürgen, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 378

⁴ Habermas Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Tel Gallimard, 2011, p. 137-138

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Critique de la césure faits/valeurs : Putnam, Lavelle et Hägerström

Cette césure faits/valeurs prônée par la neutralité axiologique* est critiquée par le Professeur Hilary Putnam car, selon lui, faits et valeurs sont indissociables. Il cite à ce propos Churchman. Ce dernier rapporte quatre propositions (j'en cite deux) qu'il attribue à A. E. Singer Jr, élève de Williams James :

La connaissance factuelle présuppose la connaissance des valeurs.

La connaissance des valeurs présuppose la connaissance des faits.¹

L'épuration des valeurs du raisonnement expertal est aussi sauvage qu'incompréhensible : comment chasser les valeurs de l'expertise alors qu'elles envahissent la totalité du réel? Je rejoins Putnam sur ce point lorsqu'il cite Dewey :

Je me souviens avoir lu dans une lettre de Dewey que les valeurs, bien loin de n'être qu'un secteur particulier de l'expérience, sont une chose qui concerne la totalité de celle-ci. Dans la philosophie des sciences, cette conception implique que les jugements de valeurs sont essentiels à la pratique de la science elle-même.²

Ainsi, pour Putnam, la césure faits/valeurs nuit avant tout au raisonnement :

Ces deux dichotomies: « fait versus jugement de valeur » et « vérité factuelle versus vérité analytique » ont eu des effets pervers sur notre manière de considérer le raisonnement éthique, autant que sur la description du monde, l'un des moindres n'étant pas de nous empêcher de comprendre à quel point évaluation et description s'entrelacent et dépendent

¹ Putnam Hilary, *Fait/valeur : la fin d'un dogme et autres essais*, Paris-Tel Aviv, L'éclat, 2004, p. 146

² Putnam Hilary, *Fait/valeur : la fin d'un dogme et autres essais*, Paris-Tel Aviv, L'éclat, 2004, p. 145

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

l'une de l'autre.¹

Pour Louis Lavelle, la césure faits/valeurs est également artificielle car on ne peut détacher l'intérêt de l'objet d'étude :

Quand on dit que la science est indifférente à la valeur, on veut dire qu'elle s'applique à la pure représentation d'un objet dont elle n'examine pas en effet la valeur, mais seulement la présence dans le monde, c'est-à-dire les propriétés réelles. Cependant on ne peut empêcher que tout jugement de réalité n'évoque pour nous un certain intérêt pour la chose dont il est juge: autrement comment aurait-il pu naître? Il n'y a pas d'éléments de la réalité qui ne suppose une certaine sélection de notre attention, qui n'évoque une détermination du désir et du vouloir, et dont on puisse dire qu'il est à notre égard rigoureusement indifférent. Sans doute le propre de la connaissance, c'est de désindividualiser ou, si l'on veut, de dessubjectiviser la réalité telle qu'elle nous est donnée, mais elle n'y parvient jamais tout à fait: autrement elle s'annihilerait elle-même en tant que connaissance. Ce qui montre que dans l'expérience vécue tout jugement a une coloration affective. Le jugement auquel on la retire est un jugement auquel il manque quelque chose, à savoir son lien même avec l'être qui le porte.²

Quant à Durkheim, il présente tout d'abord la différence traditionnelle entre « jugements de réalité » et « jugements de valeurs » en ces termes :

Quand nous disons que les corps sont pesants, que le volume des gaz varie en raison inverse de la pression qu'ils subissent, nous formulons des jugements qui se bornent à exprimer des faits donnés. Ils énoncent ce qui est et, pour cette raison, on les appelle jugements d'existence ou de réalité. D'autres jugements ont pour objet de dire non ce que sont les choses, mais ce qu'elles valent par rapport à un sujet conscient, le prix que ce dernier y attache: on leur donne le nom de jugement de valeur.³

¹ Putnam Hilary, *Fait/valeur : la fin d'un dogme et autres essais*, Paris-Tel Aviv, L'éclat, 2004, p. 12

² Lavelle Louis, *Traité des valeurs, Tome I: théorie générale de la valeur*, Logos: puf, Paris, 1991, p. 545

³ Durkheim, É. (3 juillet 1911). Jugements de valeur et jugements de réalité, *Revue de Métaphysique et de Morale*, édition numérique issue de la collection: « Les classiques des sciences sociales », disponible le 4 août 2014 sur le site de la Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, p. 3

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

L'exemple des gaz est d'autant plus surprenant que cela ne fait pas si longtemps que l'on connaît leur existence à l'échelle de l'existence humaine et c'est une réalité qui échappe en grande partie à nos sens. Par exemple l'hélium est un gaz rare à la fois incolore, inodore et sans goût. On peut néanmoins avoir une idée de sa présence quand on entend la modification des harmoniques qu'il entraîne sur la voix de celui qui en a inhalé (effet dit « Donald Duck »). L'hélium est donc une réalité « objective » invisible.

Pour Durkheim « il n'existe pas entre eux [jugements de valeur et jugements de réalité] de différences de nature » car ils procèdent tous deux d'« une seule faculté de juger ».¹

La position d'Axel Hägerström sur la valeur et la vérité des représentations morales

J'ai longtemps éprouvé de la difficulté à comprendre en quoi consistait le *nihilisme de la valeur** (värdenihilism) attribué à Axel Hägerström, fondateur de l'école d'Uppsala. Selon Piero Colla citant Källström, ce ne serait pas Hägerström mais le philosophe bergsonien J. Landquist qui aurait été le premier à employer en 1931 le terme *värdenihilism** pour désigner dans un sens critique la théorie morale dont se réclamait Hägerström.² Le livre d'Ernst Cassirer, intitulé sobrement *Axel Hägerström*³ dans sa version suédoise, fait référence mais Cassirer était un adversaire des idées de Hägerström. La traduction française a d'ailleurs pour titre *Éloge de la métaphysique : Axel*

¹ Durkheim, É. (3 juillet 1911). Jugements de valeur et jugements de réalité, *Revue de Métaphysique et de Morale*, édition numérique issue de la collection: « Les classiques des sciences sociales », disponible le 4 août 2014 sur le site de la Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, p. 12

² Colla, P., (2000). Le värdenihilism comme idéologie suédoise ? Dans P. Bouquet (Édit.), *Droit et littérature dans le contexte suédois* (p. 53-82). Paris : Éditions Flies, p. 67

³ Cassirer Ernst, *Axel Hägerström*, Stockholm, Thales, 2005.

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

*Hägerström, une étude de la philosophie suédoise contemporaine*¹ alors que Hägerström était justement un ennemi de la métaphysique.

Dans la mesure où Hägerström a eu une grande influence sur la façon dont sont considérés les concepts de vérité et de justice dans le Code de procédure judiciaire suédois (Rättegångsbalk) entré en vigueur quelques années après sa mort, je vais essayer de rapporter ce que j'ai compris de ses visions sur la valeur. Dans son discours intitulé *Om moraliska föreställningars sanning* (de la vérité des représentations morales)², Hägerström ne se pose pas la question de l'existence ou non de la morale mais s'interroge sur la vérité de ses représentations qui ne peuvent selon lui être qualifiées de vraies ou de fausses :

SE *Emellertid är nu härvid först att undersöka, om det är riktigt att fråga efter sanning eller falskhet hos moraliska föreställningar. Om någon ville undersöka, om guldets rättvist eller orättvist, skulle han givetvis omedelbart bli utskrädd. Vetenskapens, särskilt filosofiens historia vimlar av slika, om också icke lika uppenbart oriktiga frågeställningar. Liksom guldets varken är rättvist eller orättvist, är börat eller det moraliskt rätta möjligen så beskaffat, att det varken kan sägas verkligen gälla eller icke gälla om ett visst sätt att handla. Det kunde ju hända, att då vi föreställa oss ett visst handlande såsom objektivt rätt, ett annat såsom objektivt orätt, vi förbinda med det rätta och orätta ett begrepp, som därför är alldeles främmande. I sådant fall skulle frågan om moraliska föreställningars sanning vara orimlig. Om de i och för sig betraktade ej alls framställde något som helst om det eller det såsom verkligen förhållande sig så eller så, skulle det ju vara meningslöst att fråga efter deras sanning.*

FR *Toutefois, il s'agit d'abord d'examiner la question de savoir s'il est correct de s'interroger sur la vérité ou la fausseté des représentations morales. Si quelqu'un voulait examiner si l'or est juste ou injuste, on se moquerait immédiatement de lui. L'histoire de la science et en particulier celle de la philosophie est pleine de tels questionnements même si leur fausseté n'est pas aussi évidente. Comme l'or n'est ni juste ou injuste, il se peut que le comportement qui devrait être adopté ou ce qui est moralement juste soit constitué de telle façon que l'on ne peut dire si ces concepts s'appliquent*

¹ Cassirer Ernst, *Éloge de la métaphysique : Axel Hägerström, une étude de la philosophie suédoise contemporaine*, Paris, Cerf, 1996.

² Hägerström Axel, *Sociofilosofiska uppsatser*, Göteborg, Daidalos, 2010.

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

vraiment ou non à propos d'une certaine action. Il pourrait nous arriver que nous nous représentons qu'une certaine action correspond à ce qui est objectivement juste, une autre action comme objectivement injuste, et qu'ainsi nous relions avec le juste et l'injuste un concept qui serait lui-même entièrement étranger. Dans un tel cas, la question de la vérité des représentations morales serait déraisonnable. Si ces représentations elles-mêmes n'étaient plus considérées comme représentant quelque chose au sujet de ce auquel elles sont véritablement reliées, il n'y aurait alors aucune raison de se poser la question de leur vérité.¹

Hägerström démontre le caractère culturel et purement conventionnel de certains rites funéraires en citant Hérodote² ou encore le caractère irréaliste d'une valeur absolue et l'impossibilité de déconnecter les valeurs morales du monde sensible :

SE Vad vore barmhärtighet utan förhållande till ett annat hjälpbehövande väsen, med vilket man har medlidande? Men ett sådant förhållande tillhör väsentligen vår naturliga värld. Det förlorar all mening, överfört på ett absolut väsen, som intet medlidande kan hysa. Vad vore rättvisa utan förhållande till en annan person, vars rättssfär man respekterar ? Men huru skall ett absolut väsen kunna på detta sätt stå emot andra personer med egna rättssfärer ?

FR Que serait la miséricorde sans relation à un être nécessitant de l'aide, avec lequel on a de la compassion? Mais une telle relation appartient par essence à notre monde réel. Elle perd tout son sens dès qu'elle est transférée à un être absolu qui ne peut témoigner la moindre compassion. Que serait la justice sans relation à une autre personne dont on respecte les droits juridiquement protégés ? Mais comment un être absolu pourrait de cette manière aller à l'encontre des droits juridiquement protégés des autres personnes ?³

Hägerström rejoint à mon sens Lavelle et Putnam, philosophes qui sont pourtant connus pour avoir des positions éloignées de la sienne.

Pour Lavelle, l'absolu de la valeur n'est par définition pas accessible. On pourra voir dans

¹ Hägerström Axel, *Sociofilosofiska uppsatser*, Göteborg, Daidalos, 2010, p. 16-17

² Hägerström Axel, *Sociofilosofiska uppsatser*, Göteborg, Daidalos, 2010, p. 11

³ Hägerström Axel, *Sociofilosofiska uppsatser*, Göteborg, Daidalos, 2010, p. 15

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

cette citation la critique d'une certaine conception de la métaphysique :

On ne peut pas se contenter d'une philosophie des valeurs idéales, qui rendrait la valeur décisivement étrangère au réel.¹

Le parallèle le plus frappant est celui avec Putnam. Dans la citation suivante où ce dernier règle ses comptes avec l'émotivisme², le devoir d'assistance et la compassion semblent bien proches des conceptions de la miséricorde et de la compassion chez Hägerström:

S'agissant de l'éthique, un point de vue similaire consiste à accorder aux sceptiques qu'aucune connaissance irréductiblement éthique ne nous est accessible. Mais qu'est-ce donc ou qu'est-ce qui pourrait être plus irréductible que ma connaissance, en présence d'un être humain dans le besoin, que le fait d'être obligé de lui apporter mon aide? (Même si, à la réflexion, je décidais que cette première obligation est dépassée par d'autres obligations éthiques, cela ne changerait rien à la conscience que j'ai d'une chose absolument fondamentale et irréductible.) Tant que l'on traite cette obligation comme un simple « sentiment » on s'égare en un lieu (qui s'apparente à un désert ou à une jungle tropicale) situé aux antipodes du monde éthique.³

Hägerström et Putnam se rejoignent dans ces deux exemples successifs sur de nombreux points. En premier lieu, la valeur a pour eux un lien obligatoire avec la réalité, elle n'est pas désincarnée. Quand Hägerström estime qu'un comportement ne peut pas être qualifié « d'objectivement juste » car dépendant d'un contexte, il rejoint Putnam qui montre que le devoir d'assistance peut ne pas être rempli si d'autres obligations éthiques l'exigent. Les valeurs et les comportements éthiques sont donc hiérarchisés et ne constituent pas des impératifs catégoriques.

Je suis en grande partie en accord avec l'argumentation d'Hägerström. Il n'en demeure pas

¹ Lavelle Louis, *Traité des valeurs, Tome I: théorie générale de la valeur*, Paris, Logos: puf, 1991, p. 371

² L'émotivisme considère les connaissances éthiques comme de simples sentiments.

³ Putnam Hilary, *Fait/valeur : la fin d'un dogme et autres essais*, Paris-Tel Aviv, L'éclat, 2004, p. 142

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

moins que même s'il n'y a pas de représentation morale « vraie », la dérogation à certaines nous enlève notre conception de notre humanité, et ce sans hiérarchisation des comportements éthiques. Je rappellerai en complément l'argument de l'existence des valeurs. Pour employer les termes de Louis Lavelle, « il y a des valeurs qu'aucun homme, en tant qu'homme, ne peut récuser ».¹ Je citerai comme nous faisant perdre notre conception de notre humanité la récusation de la proposition éthique de Bertrand Russell « Wanton cruelty is wrong » (le désir de cruauté est mal) qui sera développée plus loin ou encore les traitements justement « inhumains » dénoncés à l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.²

En dénonçant l'absolutisme des représentations morales et en les réancrant dans « notre monde réel » (vår naturliga värld), Hägerström fait montre non de nihilisme mais de réalisme, à savoir qu'une valeur en soi ne peut être vraie (son non-respect peut tout au plus selon moi remettre en cause notre conception de notre humanité) mais peut seulement sembler adaptée dans un contexte donné. Je regrette l'usage du terme *värdenihilism**, expression critique que Hägerström n'avait pas choisie. Opposées au *réalisme moral** (vårderealism) qui estime qu'il y a des vérités morales objectives, les conceptions de Hägerström ne me semblent pas si éloignées par certains aspects du réalisme pragmatique de Putnam.

¹ Lavelle Louis, *Traité des valeurs, Tome I: théorie générale de la valeur*, Paris, Logos: puf, 1991, p. 496

² La Déclaration universelle des droits de l'homme est justement une aspiration de notre conception de notre humanité à l'universalité à partir d'une base irréductible, c'est le refus d'une « humanité » qui n'est pas la nôtre (la torture, les traitements cruels, inhumains et dégradants), que nous ne pouvons reconnaître comme telle.

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Au-delà de l'absence de césure faits/valeurs, l'absence de faits décontextualisés « flottant pour ainsi dire dans les airs »¹

Avant de détailler comment les faits ne sont pas détachés des valeurs, je voudrais brièvement évoquer que les faits ne peuvent pas être non plus détachés de la règle de droit, des théories, des circonstances, de l'expérience et du sens commun*.

Il n'y a pas de fait sans règle de droit. Les faits sont triés en fonction des buts poursuivis par la justice, en particulier en vue de la préservation de l'ordre public. Le médecin légiste les sélectionne en fonction notamment de la possibilité qu'ils aient pu être occasionnés par autrui (plaie, bosse, fracture...).

Il n'y a pas de faits sans théorie. Ainsi le médecin légiste a besoin de théories pour sélectionner les faits (par exemple la théorie qu'une altération du revêtement cutané peut être due à l'intervention d'autrui) puis pour les interpréter. Une théorie est nécessaire pour reconnaître une morsure (un ensemble de deux groupes d'érosions disposées en deux demi-arcs de cercle) ou une blessure par fourchette (un ensemble de trois ou quatre érosions parallèles linéaires n'ayant pas les caractéristiques d'une griffure). Comme le fait remarquer Dewey :

EN *The operations of observation executed are [...] controlled by conceptions or ideational considerations which define the conditions to be satisfied by differential traits in descriptive determination of kinds.*

FR *Les opérations d'observation exécutées sont contrôlées par des conceptions et des considérations idéationnelles qui définissent les conditions qui doivent être satisfaites par des traits différentiels dans la détermination descriptive des choses.*²

¹ J'emprunte cette expression à Habermas, voir Habermas Jürgen, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 77

² Dewey John, *Logic: the theory of inquiry*, Redditch, Read Books, 2007, p. 243

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Il n'y a pas non plus de faits sans circonstances. La technique d'obtenir des faits purs en les déconnectant de tout lien avec la réalité a montré ses limites, résultant parfois dans un dépérissement de la preuve. Lors d'une autopsie, une lésion cutanée en forme de boucle de ceinture doit être comparée immédiatement aux données de l'enquête : une ceinture avec une boucle superposable a-t-elle été retrouvée sur les lieux du crime ? Si le rapprochement doit être fait, il doit être réalisé en salle d'autopsie et non plus tard en comparant les photographies des lésions à l'objet incriminé.

De plus, il n'y a pas de faits sans expérience. Les faits tangibles collectés par le médecin légiste sont des faits actuellement observables qui peuvent être considérés comme des « vestiges » servant à reconstruire le passé. Ces faits sont alors comparés à d'autres faits accumulés par l'expérience. C'est la conjonction de ces *faits-vestiges* et de ces *faits-expériences* qui permet de préparer la qualification juridique d'homicide. J'emprunte à nouveau ce raisonnement à John Dewey :

EN *Evidential data consist (1) of facts that are now observable, stated in propositions that refer to temporary contemporaneous facts, and (2) of data derived from recollections of earlier observations. Given these propositions, the problem is to weave them into a grounded conclusion that the man in question met his death at the hands of another person at a certain time and under such circumstances as to bring the act under the legal conception of murder of the first degree.*

FR *Les données de preuve consistent (1) en des faits qui sont actuellement observables, énoncés dans des propositions qui se réfèrent à des faits contemporains temporaires, et (2) en des données issues de souvenirs de précédentes observations. Compte-tenu de ces propositions, le problème est de les amarrer à une conclusion bien fondée que l'homme en question a trouvé la mort aux mains d'une autre personne à un certain moment et des circonstances telles à*

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

pouvoir qualifier l'action sous le concept juridique de meurtre du premier degré [c'est-à-dire volontaire et prémédité].¹

On rajoutera qu'il n'y a pas de faits mis à jour sans un minimum de sens commun*. C'est notre sens commun* qui nous permet de supposer qu'une personne dont le corps est percé de 23 coups de couteaux a été assassinée et non l'emploi d'une connaissance scientifique poussée.

Considérer que les faits ne peuvent qu'être analysés et mis à jour par une science pure (rent vetenskapligt) correspond à une vision naïve et dangereuse pour le bon déroulement du procès. L'absence de césure faits/valeurs n'est donc qu'un élément parmi d'autres dans le retour critique sur une idéologie de la science qui pourrait, par son seul truchement, analyser les faits.

B. LES FAITS ET LES VALEURS AU COURS DE LA PROCEDURE PENALE SUEDOISE ET EN MEDECINE LEGALE

1. QUELS TYPES DE FAITS ?

On attend de l'expert de mettre à jour des « faits objectifs » et des « faits vrais ». Le problème est que tout le monde se réclame de la Vérité et de l'Objectivité sans trop savoir ce que cela recouvre. Croire pouvoir les atteindre de manière définitive est une menace pour le droit au procès équitable. C'est pour cela que la philosophie de Hägerström que je viens d'évoquer est la plus à même de garantir les valeurs de Justice et d'Équité.

¹ Dewey John, *Logic: the theory of inquiry*, Redditch, Read Books, 2007, p. 229

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Les faits selon leurs implications juridiques : fait induisant potentiellement du droit, élément de preuve et fait-aide, preuve structurelle et preuve causale, les faits en tant que préqualification juridique

Fait induisant potentiellement du droit, élément de preuve et fait-aide

Les différents faits pris en considération dans la procédure judiciaire suédoise sont bien définis par Roberth Nordh. Il cite *les faits induisant potentiellement du droit* (rättsfakta), les *faits-preuves* (bevisfakta) et les *faits-aide* (hjälpfakta) :

SE Såväl rättsfakta som bevisfakta omfattas av begreppet omständighet i rättegångsbalken. Vilken betydelse ordet 'omständighet' har i lagtext får bestämmas för varje lagrum för sig. Rättsfakta betecknar sådana omständigheter som har en direkt betydelse för en viss rättsföljd, medan bevisfakta endast står i indirekt förhållande till en rättsföljd.

FR Les faits induisant potentiellement du droit (rättsfakta) tout comme les éléments de preuve (hjälpfakta) sont englobés sous le terme générique de circonstances (omständighet) dans le Code de procédure judiciaire [suédois]. Ce que signifie le mot « circonstances » dans un texte de loi sera déterminé en fonction de chaque article de loi. Les faits induisant potentiellement du droit (rättsfakta) désignent de telles circonstances qui ont une portée directe sur une conséquence juridique en particulier tandis que les éléments de preuve (bevisfakta) ne sont qu'en relation indirecte avec une conséquence juridique.¹

On peut donc dire que les *faits induisant potentiellement du droit* (rättsfakta) sont des faits immédiatement pertinents (rättsfakta är omedelbart relevanta fakta) tandis que les éléments de preuve sont des faits médiatement pertinents (bevisfakta är medelbart relevanta fakta) :

¹ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 14

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

SE *Om bevisningen för ett rättsfaktum inte når upp till bevisbördepunkten blir resultatet av domstolens prövning att faktumet inte anses föreligga. Däremot innebär bevisvärderingen av ett bevisfaktum inte mer än ett konstaterande av en viss sannolikhet för att omständigheten bevisar ett rättsfaktum eller, i en beviskedja, något annat förhållande som i kedjans slut leder fram till ett rättsfaktum.*

FR *Si la preuve pour un fait induisant potentiellement du droit n'atteint pas le niveau de preuve requis (bevisbördepunkten), il en résultera pour la Cour que le fait n'existe pas. Par contraste, l'évaluation d'un élément de preuve n'est pas plus que le constat d'une probabilité particulière pour qu'une circonstance montre qu'il existe un fait induisant potentiellement du droit ou, dans une chaîne de preuves, une autre relation qui en fin de chaîne de preuve conduit à un fait induisant potentiellement du droit.¹*

Précisons concernant les faits-aide :

SE *Med [hjälpfakta] menas förhållanden som anknyter till ett bevisfaktum utan att själv, dvs. inte ens indirekt, stå i samband med en rättsföljd. Hjälpfakta har i stället betydelse som stöd vid bevisvärderingen av ett bevisfaktum. Typexempel på ett hjälpfaktum är de ljusförhållanden under vilka ett vittnes iakttagelse är gjord.*

FR *Par [faits-aide, hjälpfakta] on entend les conditions qui lient à un élément de preuve sans n'être pas soi-même, et même pas indirectement, dans une relation avec un fait induisant potentiellement du droit (rättsfaktum). Un fait-aide a, au lieu de cela, de l'importance dans l'évaluation d'un élément de preuve (bevisfaktum). Un exemple-type de fait-aide est l'éclairage à l'endroit où un témoin a fait ses observations.²*

Les règles de charge et d'exigence de la preuve ne concernent que les faits induisant potentiellement du droit (Regler om bevisbörda och beviskrav avser enbart rättsfakta)³ et non les faits-aide ou les éléments de preuve.

¹ Nordh Roberth, *Praktiskt process VII Bevisrätt B – Bevisbörda och beviskrav*, Uppsala, Iustus, 2011, p. 24

² Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 15

³ Nordh Roberth, *Praktiskt process VII Bevisrätt B – Bevisbörda och beviskrav*, Uppsala, Iustus, 2011, p. 22

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Preuve structurelle et preuve causale

Un moyen de classer les preuves est de différencier preuve structurelle et preuve causale comme l'illustre Roberth Nordh dans l'exemple suivant:

SE *Bevisningen bildar i sådant fall en beviskadja enligt följande: vittnets iakttagelse → blåmärke → slag (misshandel). Det är endast blåmärket som har betydelse som bevis för rättsfaktumet 'slag' (bevistemat). Blåmärket utgör ett strukturalt bevis. [...] I förhållande till blåmärket är vittnets utsaga kausal bevisning.*

FR *La preuve forme dans cette affaire une chaîne comme suit : observations du témoin → ecchymose → coup (agression). C'est seulement l'ecchymose qui a de l'importance pour le fait induisant potentiellement du droit « coup » (thème de la preuve). L'ecchymose consiste en une preuve structurelle (strukuralt bevis). [...] En relation avec l'ecchymose, les allégations du témoin sont une preuve causale (kausal bevisning).¹*

Les faits en tant que préqualification juridique

Le concept de préqualification juridique est une création de Théodore Ivainer.² Olivier Leclerc explicite ainsi ce concept : « Ces structures [de préqualification juridique] s'interposent entre le concept légal et les faits ».³ La préqualification juridique est le processus au cours duquel le médecin légiste fait émerger et trie, d'une manière orientée, les faits tangibles. Ces faits sont collectés au cours d'une autopsie ou lors de l'examen d'une personne vivante. Le juge va utiliser ces faits pour prendre sa décision.

Techniquement, le médecin légiste influence la décision de justice mais c'est en répondant dans le cadre de sa mission. Ainsi, l'absence de signe d'intervention d'autrui compromet en règle

¹ Nordh Roberth, *Praktiskt process VIII Bevisrätt C – Bevisvärdering*, Uppsala, Iustus, 2013, p. 80

² Ivainer Théodore, *L'interprétation des faits en droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 168

³ Leclerc Olivier, *Le juge et l'expert: contribution des rapports entre le Droit et la Science*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 178

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

générale la mise en examen. Il est en effet difficile de poursuivre quelqu'un pour un meurtre quand il n'y a pas de signe tangible de l'intervention d'un tiers : absence de blessure, d'ecchymose, d'hématome, de fracture ou de corps étranger (balle de revolver, couteau...) dans le corps. De même, en démontrant l'intervention d'autrui par exemple par deux plaies par arme à feu ayant entraîné la mort et situées dans le dos d'un défunt, exemple qui sera repris plus loin, le médecin légiste induit une préqualification juridique, c'est-à-dire qu'il prépare la qualification juridique d'homicide qui n'aurait pu être possible sans sa diligence.

Les faits sur lesquels les parties s'accordent : fait notoire, fait autorégulateur, fait tangible

Fait notoire

Le fait notoire peut être défini ainsi :

SE *Med notoriskt faktum menas enligt lagtexten en omständighet, som är allmänt veterlig. Omständighet kan i denna betydelse vara såväl ett bevisfaktum som ett hjälpfaktum eller en viss erfarenhetssats, som tillmäts betydelse vid bevisvärderingen. [...] Också ett rättsfaktum kan vara ett notoriskt faktum.*

FR *Par fait notoire on désigne en droit une circonstance qui est connue de tous (allmänt veterlig). [Cette] circonstance peut dans cette acception être tout aussi bien un élément de preuve qu'un fait-aide ou un fruit de l'expérience qui est considéré comme étant d'importance dans l'évaluation de la preuve. [...] Un fait induisant potentiellement du droit peut être un fait notoire.¹*

¹ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 20

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Pour savoir ce qu'on entend par « connu de tous » (allmänt veterlig), on retiendra :

SE *Notoriska fakta är att hänföra sådana förhållanden som kan antas vara allmänt kända utan särskild efterforskning.*

FR *Les faits notoires sont de telles conditions qui sont supposées être connues de tous sans avoir besoin de recherche complémentaire particulière.*¹

À noter que les parties sont déchargées de prouver l'existence d'un fait notoire.

Fait autorégulateur

Présentation du concept

Il existe par ailleurs de nombreuses classifications des faits. Je donnerai à titre d'exemple celle de Théodore Ivainer qui en dénombre quatre types :

- « les faits allégués, plus communément appelés les faits de la cause, sur lesquels s'exercera une démarche sélective visant à n'en retenir que les faits pertinents »²
- les faits retenus, pertinents seulement s'ils accréditent/discréditent une des thèses défendues
- les faits connus dont « [la] propriété essentielle est de contenir, sinon de recéler, [et]
- les faits inconnus »

Parmi les faits connus que cite Ivainer, il existe un cas particulier : ce sont les « faits connus en tant qu'éléments autorégulateurs »³ que je désignerai sous l'expression raccourcie de « faits

¹ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 21

² Ivainer Théodore, *L'interprétation des faits en droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 35-36

³ Ivainer Théodore, *L'interprétation des faits en droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 44

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

autorégulateurs ». Ces faits autorégulateurs sont présents quand les faits connus ont « la propriété [...] à sécréter du droit ».¹ Cela pourrait être traduit en suédois par un *fait complètement certain induisant potentiellement du droit* (helt säkert rättsfaktum), c'est-à-dire un fait induisant potentiellement du droit (rättsfaktum) qui serait notoire (notoriskt faktum) car reconnu de tous. Ces faits qui s'imposent à tous (juge, police, expert, témoins...) sont apparents d'emblée ou seulement révélables par la technique de l'expert. Je reprendrai cette catégorie de fait quand j'aborderai la *logique objective des choses** selon Jürgen Habermas mais j'en donnerai dès à présent deux exemples : l'examen du cadavre de Jules César et l'exhumation à des fins d'autopsie d'un vieillard décédé (apparemment) paisiblement à son domicile.

Le médecin Antistius examine le cadavre de Jules César

Il n'y a pas eu aux ides de Mars de témoin direct de la mort de César parmi ceux qui ont écrit sur cet épisode et dont les écrits nous sont parvenus (Suétone², Plutarque³, Velleius Paterculus⁴, Nicolas de Damas⁵, Dion Cassius⁶, Appien⁷, Valère-Maxime⁸ et Eutrope⁹). Selon Suétone, Plutarque, Appien, et Eutrope, César aurait été tué par 23 coups de poinçon. Le nombre est de 35 selon Nicolas de Damas. Selon Suétone, c'est la seconde blessure portée à la poitrine qui aurait été mortelle :

¹ Ivainier Théodore, *L'interprétation des faits en droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 41

² Mort de César rapportée par Suétone. Voir Suétone, *Vie des Douze Césars*, Paris, Les Belles Lettres, 2013, p. 102-103

³ Plutarque, *Vies parallèles*, trad. E. Chambry et R. Flacelière, (Vie de César) t. I, Paris, Bouquins, 2001, LXVI
Plutarque, *Vies parallèles*, trad. E. Chambry et R. Flacelière, (Vie de Brutus) t. II, Paris, Bouquins, 2001, XVII

⁴ Velleius Paterculus, *Histoire romaine* t. I et II, éd. et trad. J. Hellegouarc'h, Paris, Les Belles Lettres, 1982, Livre II, LVII

⁵ Nicolas de Damas, *La mort de Jules César*, Paris, René Pincebourde éditeur, 1865 (texte numérisé).

⁶ Dion Cassius, *Histoire romaine*, Livre XLIV (les événements de l'année 44), Paris, Didot Frères, 1850.

⁷ Appien, *Les Guerres civiles à Rome*, Livre II, Traduction de J.-I. Combes-Dounous. Paris, Les Belles Lettres, coll. La Roue à Livres, 1993, p. 117

⁸ Valère Maxime, *Faits et dits mémorables*, l. VIII, éd. Constant, Paris, Garnier, 1935., 11, 2

⁹ Eutrope, *Abrégé d'histoire romaine*, Livre VI, éd. et trad. J. Hellegouarc'h, Paris, les Belles Lettres, 1999, chapitre XXV

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

LA *Nec in tot uulneribus, ut Antistius medicus existimabat, letale ullum repertum est, nisi quod secundo loco in pectore acceperat.*¹

FR *De tant de blessures, de l'avis du médecin Antistius, on n'en trouva aucune qui fût mortelle, si ce n'est celle qu'il avait reçue, en second lieu (secundo loco), à la poitrine.*²

Les 23 plaies de Jules César indiquent le meurtre comme mécanisme de mort apparent. On ne peut pas raisonnablement penser à une mort naturelle ou à un accident.

Le critère du nombre de coups de couteaux ne peut pas exclure à lui seul le suicide. Une personne peut tenter de se tuer, s'ouvrir les veines, se donner des coups de couteaux superficiels au niveau de la poitrine (qui correspondent à des « essais ») puis se donner le coup de grâce en se donnant un coup de couteau de manière perpendiculaire dans la poitrine et toucher le cœur. Le tout est de savoir si César a pu se porter ou non certains de ces coups.

La première difficulté est que les localisations des coups varient selon les auteurs. Brutus aurait ainsi porté à son père un coup dans l'aine selon Plutarque, au flanc selon Nicolas de Damas et à la cuisse selon Appien. Nous avons ici des localisations que César lui-même pouvait atteindre. Il y a d'autres localisations que César aurait pu théoriquement atteindre mais qui ne semble pas crédibles à moins que César ne soit atteint d'une affection psychiatrique, par exemple Plutarque citant les « coups d'épée » que César aurait reçus « aux yeux et au visage ».³

La deuxième difficulté est que les localisations anatomiques ne sont pas précises et que l'on ne peut que soupçonner que la plaie était dans une zone telle que César ne pouvait se l'infliger. Casca aurait frappé César « un peu au-dessous de la gorge » selon Suétone mais « le long de l'épaule, un coup dont la blessure ne fut pas profonde » selon Plutarque et « à l'épaule gauche, un

¹ Pour le texte en latin, voir Suétone, *Vie des Douze Césars*, Paris, Les Belles Lettres, 2013, p. 102

² Armelle Debru m'a apporté ces précisions : « *secundo loco* est un peu difficile, car le sens peut être local : en deuxième emplacement, ou temporel, la deuxième fois - car il s'agit sans doute du deuxième coup reçu alors qu'il cherchait à s'élancer en avant (donc de face), à la suite d'un premier porté de dos en dessous de la gorge. »

Selon Appien, la seconde blessure n'était pas à la poitrine mais au flanc.

³ Plutarque, *Vies parallèles*, trad. E. Chambry et R. Flacelière, (Vie de Brutus) t. II, Paris, Bouquins, 2001, XVII

peu au-dessus de la clavicule » selon Nicolas de Damas. Casca aurait appuyé son épée sur la gorge, mais elle aurait glissé et lui aurait entamé la poitrine selon Appien. Si on en croit Plutarque, à savoir que Casca était placé derrière César¹, on peut imaginer que César n'a pu qu'avec difficulté s'infliger une plaie à l'arrière de l'épaule. On fera également l'évaluation que la plaie dans le dos occasionnée selon Appien par Bucolianus², ne pouvait être auto-infligée.

Je fais donc l'hypothèse qu'au moins un des vingt-trois coups avait un placement et une apparence qui d'évidence rendait impossible que César se l'inflige à lui-même.

Il s'agit par conséquent d'un fait autorégulateur car il s'impose à tous, n'ayant pas besoin des circonstances (témoignages de ceux présents au moment de la mort de César) et qui est susceptible de déclencher une action en justice pour meurtre. Le tableau clinique générant une autorégulation ne va pas tout de même pas jusqu'à désigner le coupable, même si, pour Plutarque, la présence de la statue de Pompée sur les lieux « était une preuve évidente que cette entreprise était conduite par un Dieu qui avait marqué cet édifice pour le lieu de l'exécution ». ^{3,4} Les conséquences juridiques ne sont pas obligatoires et les sénateurs romains comploteurs seront ainsi amnistiés.

Mais bien que ce mécanisme soit apparent, il faut montrer toutefois la cause de décès. C'est ce que fait Antistius en mettant en évidence le coup mortel au niveau de la poitrine et en ne trouvant pas d'autre cause alternative de décès. Dans le cas contraire, on ne pourrait exclure que César soit décédé d'une autre cause, par exemple d'empoisonnement, et que son corps ait été mutilé après son

¹ Plutarque, *Vies parallèles*, trad. E. Chambry et R. Flacelière, (Vie de Brutus) t. II, Paris, Bouquins, 2001, XVII

² Appien, *Les Guerres civiles à Rome*, Livre II, Traduction de J.-I. Combes-Dounous. Paris, Les Belles Lettres, coll. La Roue à Livres, 1993, 117

³ Plutarque, *Vies parallèles*, trad. E. Chambry et R. Flacelière, (Vie de César) t. I, Paris, Bouquins, 2001, LXVI

⁴ Une exception notable au principe que le diagnostic ne peut pas désigner le coupable est le syndrome du bébé secoué. Ce dernier désigne en effet comme coupable la personne présente au côté de l'enfant au moment du décès. Voir à ce propos Deborah Tuerkheimer : « Le témoignage que les symptômes que présente le bébé surviennent immédiatement et invariablement au moment où les blessures sont infligées démontre l'identité du tueur. Par essence, le syndrome du bébé secoué est un diagnostic médical de meurtre » (Testimony that the baby's symptoms would invariably present themselves immediately upon the infliction of injury demonstrates the killer's identity. In essence, SBS [Shaken Baby Syndrome] is a medical diagnosis of murder). Voir Tuerkheimer, D. (2011). SCIENCE-DEPENDENT PROSECUTION AND THE PROBLEM OF EPISTEMIC CONTINGENCY: A STUDY OF SHAKEN BABY SYNDROME. *Alabama Law Review*. 62 (3), p. 516

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

décès.

L'exhumation d'un vieillard décédé (apparemment)
paisiblement à son domicile

Le rôle de l'expert est de révéler les faits autorégulateurs quand ils ne sont pas apparents. Dans l'anecdote suivante rapportée par Alain Miras, le fait autorégulateur d'intervention d'autrui dans le décès n'avait pas été mis en évidence par le médecin qui n'avait pas examiné l'ensemble des téguments. Le fait pouvait être révélé mais ne l'avait été qu'après l'exhumation :

Un médecin [...] a été appelé au chevet d'un adulte âgé et décédé. La victime a été découverte habillée dans son dernier costume et reposant dans la position du gisant sur son lit de mort. La famille a demandé au médecin de signer le certificat de décès, le grand-père cardiaque ayant dû décéder d'un infarctus. Notre confrère s'est exécuté sans examiner le corps outre mesure et a signé le certificat de décès en mort naturelle. Quelques semaines après l'inhumation, ce médecin a reçu un des membres de la famille du défunt, venu lui faire remplir un certificat de décès pour le compte d'une compagnie d'assurance. Il a réalisé qu'il n'était pas sûr de la cause exacte du décès et a pris conseil auprès d'un confrère légiste. Ce dernier lui a préconisé de signaler les faits au procureur de la République. L'exhumation et l'autopsie ordonnées ont montré deux orifices d'entrée par arme à feu au niveau dorsal.¹

¹ Miras Alain, Fanton Laurent, Tilhet-Coartet Stéphane, Malicier Daniel, *La levée de corps médico-légale*, Paris, Eska, 1998, p. 14

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Fait tangible

Le fait notoire et le fait autorégulateur ont la propriété de s'imposer aux parties de par leur évidence. Si le tribunal doute que le fait soit notoire, il doit consulter la position des parties à ce sujet. Si au moins une partie des parties estime que le fait n'est pas notoire, cela devrait suffire au tribunal pour conclure que le fait ne l'est pas.¹

Quel est donc le type de fait que le médecin légiste doit trier au cours de son exercice ? Il est difficile de considérer que le médecin légiste met à jour des faits notoires. Les données ne sont pas toutes immédiatement disponibles sans nécessité de recherche particulière. Il ne faut pas que les faits qu'il rassemble soient contestés par les parties. Comme l'écrit Chateauraynaud :

*Dans le régime judiciaire, c'est la logique d'accusation-défense qui prévaut, et l'expert a pour fonction d'apporter des éléments de factualité qui permettent au juge de fonder sa décision. Il s'agit de fixer la liste des éléments qui ne peuvent plus être contestés par les parties en assurant des prises ou des points d'ancrage au jugement.*²

Chateauraynaud propose pour éviter la contestation des parties que l'expert mette à jour des faits tangibles (je propose la traduction suédoise *ostridiga fakta*)³. Il définit comme suit le tangible et ses avantages pour la procédure expertale:

Est considéré comme tangible tout ce qui résiste aux variations perceptuelles, instrumentales, argumentatives

¹ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 21

² Chateauraynaud Francis, *Argumenter dans un champ de forces, essai de balistique sociologique*, Paris, Petra, 2011, p. 249

³ Cette traduction (*ostridiga fakta*) a été invalidée par le professeur Stig Strömholm dans son rapport sur la thèse en date du 4 novembre 2014. Il m'a proposé à la place « uppfattbar med känseln », expression qu'il qualifie de lourde mais qui est selon lui la plus proche. Le docteur Martin Csatlós a quant à lui proposé la traduction « förnimbar med sinnesintryck », précisant qu'elle n'est pas utilisée en l'état en suédois. Ces deux expressions peuvent être traduites par « accessibles aux sens ». Traduire « tangible » inexistant en suédois par « perceptible » (*uppfattbar, förnimbar*) permet de restituer à mon avis une grande partie de l'esprit de la définition de Francis Chateauraynaud.

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

*auxquelles le soumettent des acteurs dotés de représentations et d'intérêts divergents. En désignant la possibilité d'une attestation durable, capable de résister aux mises en variation, la tangibilité fournit donc un concept idéal, qui permet de prendre au sérieux les opérations effectuées pour sortir du cercle herméneutique créé par une pluralité d'interprétations discordantes.*¹

*Rendre tangible, c'est d'abord faire surgir dans le monde sensible l'objet ou le phénomène en discussion, de sorte que plus personne ne puisse le contester. Ce procédé pose inévitablement la question de la scène sur laquelle surgit l'objet, de la fiabilité des témoins qui y participant et de la répétition de l'expérience.*²

John Dewey écrit pour sa part que l'idée que l'enquête va reconstruire les événements tels qu'ils sont survenus autrefois est incroyablement naïve (The notion that historical inquiry simply reinstates what actually happened « as they actually happened » is incredibly naive).³ Ainsi *tangible* ne signifie pas *vrai* et des faits qui sont tangibles peuvent être remis en question en cours de procédure.

Le rôle que l'on peut assigner au médecin légiste est donc de faire surgir les faits tangibles utiles au tribunal de manière aussi complète que possible. Alan R. Moritz a émis un certain nombre de règles pour ne pas oublier de faire surgir certains faits.⁴ Il accordait une importance toute particulière à leur émergence car selon lui :

EN *If evidence has been properly gathered and preserved, a mistake in interpretation may always be corrected. If the facts required for a correct interpretation are not preserved, the mistake is irreversible.*

FR *Si les preuves ont été correctement collectées et préservées, une erreur d'interprétation peut toujours être corrigée.*

¹ Chateauraynaud Francis, *Argumenter dans un champ de forces, essai de balistique sociologique*, Paris, Petra, 2011, p. 255

² Chateauraynaud Francis, *Argumenter dans un champ de forces, essai de balistique sociologique*, Paris, Petra, 2011, p. 252

³ Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007, p. 236

⁴ Moritz, A.R. (1981). CLASSICAL MISTAKES IN FORENSIC PATHOLOGY. *American journal of forensic medicine and pathology*. 2 (4), p. 306

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Si les faits requis pour une interprétation correcte n'ont pas été préservés, l'erreur est irréparable.¹

Il est parfois difficile pour le juge de différencier ce qui vient des faits et ce qui vient d'une évaluation personnelle d'un expert. Dans le cadre d'une expertise médico-légale, rien n'est à priori plus simple: le protocole (protokoll) énumère les faits relevés et se veut neutre et objectif. Il est séparé de l'interprétation des faits et des conclusions (utlåtande). Le médecin légiste n'est pas limité à la factualité au cours de la procédure pénale suédoise et l'interprétation des faits constitue la partie déterminante de l'expertise médico-judiciaire.

S'il y a des failles dans le raisonnement, il ne devrait se situer que dans l'interprétation des faits. Le juge ou un autre expert devrait pouvoir « refaire » l'autopsie en reprenant le protocole et en élaborant ses propres conclusions.

On peut néanmoins pointer la difficulté que pourrait rencontrer un juge au cours de cette opération.

Premièrement, des faits décrits de manière objective peuvent être difficiles à interpréter. Par exemple « une plaie punctiforme traversant la peau » peut être facilement comprise comme un point de ponction veineuse par un magistrat entraîné mais une « bande étroite rectiligne pauvre en pigment se dirigeant vers le bas et la gauche situé cinq centimètres sous et dix centimètres à droite du nombril » peut ne pas apparaître de manière évidente pour un béotien comme une cicatrice d'appendicectomie. Cette difficulté peut toutefois être surmontée en regardant les photographies prises au cours de l'autopsie, dans le cas où il y en a.

La deuxième difficulté est que tout fait constaté nécessite une perception qui elle-même est faillible car impliquant des concepts. Comme l'indique Putnam :

¹ Moritz, A.R. (1981). CLASSICAL MISTAKES IN FORENSIC PATHOLOGY. *American journal of forensic medicine and pathology*. 2 (4), p. 307

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Du fait que toute perception implique des concepts et que les concepts sont toujours susceptibles de critique, il s'ensuit qu'une perception en elle-même n'est pas un donné incorrigible, mais est susceptible de critique.¹

Le médecin légiste est alors en butte avec le problème de la frontière entre le normal et le pathologique, entre la maladie/la lésion mortelle et celle qui ne l'est pas. À partir de quel moment le caillot de sang dans l'artère pulmonaire contient assez de fibres pour être intra-vital et donc expliquer la mort par embolie pulmonaire et ne pas être qu'un simple artéfact post mortem ? Quel niveau de fibrose faut-il atteindre au niveau du cœur pour que la fibrose cardiaque puisse expliquer la mort ? Combien de zones du poumon (parmi les cinq lobes pulmonaires) doivent être envahies de globules blancs et en quelle proportion pour que l'infection pulmonaire puisse expliquer le décès au regard des facteurs de comorbidités que présentait le défunt ? Quel niveau de chaque médicament respectif est requis, selon quel niveau de tolérance et quel profil génétique enzymatique, dans le cadre d'une intoxication polymédicamenteuse pour pouvoir expliquer la mort ? Des facteurs et donc un pan de la réalité sont forcément ignorés rendant la réponse à ces questions probables mais en partie aléatoires.

Troisièmement, l'expert ne peut pas embrasser la totalité de la structure du corps humain. Il ne peut pas utiliser toutes les techniques d'autopsie qu'il a apprises sur un seul cadavre, autrement la reconstruction ne serait pas possible. Le médecin doit opérer des choix stratégiques en fonction des faits soupçonnés d'existence: s'il dissèque les ramifications de l'artère pulmonaire, il détruira au passage l'arbre bronchique qu'il aura du mal après à analyser de manière entièrement satisfaisante. Ces choix stratégiques correspondent aux faits utiles à la mission d'expertise. Comme le souligne Perelman :

¹ Putnam Hilary, *Fait/valeur : la fin d'un dogme et autres essais*, Paris-Tel Aviv, L'éclat, 2004, p. 119

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

La description des faits par l'expert est [...] orientée par les questions auxquelles il doit répondre.¹

On peut donc voir que les faits sont triés pour satisfaire aux besoins de l'enquête comme le note John Dewey :

EN *Following traits of the inquiry-context [are]: (1) That qualities as indicative of signifying are deliberately selected for the purpose of inquiry out of a complex that is directly had in experience; and (2) that the existence of the problematic situation to be resolved exercises control over the selective discrimination of relevant and effective evidential qualities as means. When these considerations are noted, it is at once clear that the signifying property is not inherent but accrues to natural qualities in virtue of the special function they perform in inquiry."*

FR *Les traits du contexte de l'enquête sont les suivants : (1) Les qualités en tant que porteur de sens [pour l'enquête] sont sélectionnées de manière délibérée pour les besoins de l'enquête d'un complexe qui est directement issu de l'expérience ; et (2) l'existence de la situation problématique à résoudre exerce un contrôle sur la discrimination sélective des qualités pertinentes et efficaces de la preuve en tant que moyen. Quand ces considérations sont prises en compte, il est à la fois clair que la propriété d'être porteur de sens [pour l'enquête] n'est pas inhérente mais revient aux qualités naturelles en vertu de la fonction spéciale qu'elles remplissent au cours de l'enquête.²*

Dewey en prend pour exemple un meurtre par une flèche décochée en plein cœur. L'analyse conséquentialiste des faits apparaît de manière éclatante:

EN *The import of the causal relation of means-consequences is thus prospective. Once established, it is employed retrospectively. If in order to kill a man, a bow and arrow are employed, then, when a man is found dead with an arrow in his heart, death is called the effect and the shooting of the arrow the cause. [...] What may and should be noted is that in all inquiries in which there is an end in view (consequences to be brought into existence) there is a selective ordering of existing conditions as means, and, if the conditions of inquiry are satisfied, a determination of the end in terms of the*

¹ Perelman Chaïm, *Éthique et droit*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2011, p. 687

² Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007, p. 528

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

means that are available. If the name "causal proposition" has any reference at all, it is to propositions of this kind.

FR L'importation de la relation de cause à effet est donc prospective. Une fois établie, elle est utilisée de manière rétrospective. Si on utilise un arc et une flèche pour tuer un homme, alors, quand un homme est trouvé mort avec une flèche fichée dans son cœur, la mort est appelée l'effet et le tir de la flèche la cause. [...] Ce qui peut et devrait être noté est que dans toutes les enquêtes dans lesquelles il y a une fin en vue (des conséquences à mettre en lumière), il y a une classification sélective de conditions existantes en tant que causes, et si les conditions de l'enquête sont remplies, une détermination d'une fin en tant qu'une cause est disponible. Si le terme « proposition causale » se rapporte à quelque chose, c'est bien aux propositions de ce genre.¹

Les faits tangibles sont donc le produit de choix stratégiques et d'éléments évaluatifs. Mais faire surgir des « faits tangibles » ne suffit pas. Leur tangibilité est conditionnée par la possibilité de les « rappeler » pour qu'ils puissent être soumis à l'intersubjectivité et évalués de manière critique par les différentes parties. Comme le fait remarquer Chateauraynaud :

Le thème de l'accessibilité est central dans l'accord sur les preuves [...] : d'autres que celui qui apporte la preuve doivent pouvoir la produire de nouveau sans être prisonniers du dispositif qu'ils peuvent soumettre à la critique.²

On observe hélas parfois une tendance du médecin légiste à ne pas prendre de mesure permettant aux parties d'évaluer de manière critique les éléments qu'il a recueillis, ce qui fait qu'il peut être difficile a posteriori d'évaluer la tangibilité d'un fait. Il s'agit alors d'un fait « à prendre ou à laisser ». Alan R. Moritz prend l'exemple d'un pathologiste américain qui avait très peu décrit dans le protocole deux orifices par arme à feu et le tribunal avait eu bien de la peine, sans photographie, à pouvoir se forger une opinion. À l'inverse, une personne avait été injustement condamnée pour

¹ Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007, p. 460

² Chateauraynaud Francis, *Argumenter dans un champ de forces, essai de balistique sociologique*, Paris, Petra, 2011, p. 278

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

meurtre par arme à feu dans un état du sud des États-Unis. Le pathologiste, s'apercevant après la condamnation du suspect qu'il avait peut-être fait une erreur d'interprétation, montra les photographies à des collègues plus expérimentés qui lui confirmèrent son erreur. L'affaire fut ainsi rouverte et l'accusé libéré.¹

2. INTERACTION FAITS/VALEURS

a. Les valeurs au cours de la procédure pénale suédoise et en médecine légale

Rentrons à présent dans le vif du sujet en illustrant l'interaction faits/valeurs avec un exemple que j'ai vécu lorsque j'étais médecin légiste en France. Il a pour but de montrer plus précisément comment des valeurs, ici une bienveillance orientée et la pitié, influencent la sélection des faits tangibles qui conduiront à une recommandation au procureur, dans le cas présent le maintien ou non d'un contrevenant en garde-à-vue.

Un exemple d'interaction faits/valeurs : le chauffeur qui avait trop bu

J'ai examiné dans un commissariat en France un homme (je l'appellerai Guy) pour savoir s'il pouvait rester la nuit dans les locaux de la police en salle de dégrisement. Guy avait été dépisté par un contrôle systématique avec une alcoolémie évaluée à 3 grammes d'alcool par litre de sang. Sa fille de 6 ans (je l'appellerai Lola) était à l'arrière du véhicule lors de l'interpellation et le comportement non agité de Guy ne laissait pas présager une telle alcoolémie. Guy avait été par ailleurs soigné pour un cancer dont il avait été guéri il y a plusieurs années.

¹ Moritz, A.R. (1981). CLASSICAL MISTAKES IN FORENSIC PATHOLOGY. *American journal of forensic medicine and pathology*. 2 (4), p. 303-304

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

J'ai estimé que l'alcoolémie était trop élevée pour que Guy soit enfermé dans une cellule. Une surveillance de quelques heures à l'hôpital était indiquée pour s'assurer que le taux ne continue pas de monter et qu'il ne fasse pas de coma éthylique. Le policier émit des doutes sur les faits pris en considération. Selon ce dernier, le comportement « normal » du mis en cause montrait qu'il devait être à ce taux de manière habituelle, ou du moins qu'il le tolérait assez pour ne pas faire de complications liées à une intoxication aiguë. Le policier se rangea finalement à mon avis. On peut faire remarquer que lui et moi avons, au cours de cette délibération, utilisé peu de science mais surtout du sens commun ainsi que nos expériences respectives.

Arrivé à l'hôpital, un médecin urgentiste confirma la contre-indication médicale à la poursuite de la garde à vue dans les locaux du commissariat puis leva cette contre-indication deux heures après. Je reçus alors cette explication du médecin urgentiste: « J'ai compris que tu avais permis à cet homme de rester à l'hôpital car il avait eu un cancer, j'ai donc confirmé ton avis. Mais quand j'ai appris qu'il conduisait ivre avec sa fille de six ans comme passagère, je l'ai renvoyé au commissariat. »

Comment le policier, l'urgentiste et moi-même avons construit notre raisonnement pour parvenir à des conclusions différentes?

J'ai trié les faits parvenus à ma connaissance et les ai interprétés : alcoolémie élevée à 3 grammes d'alcool par litre de sang avec incertitude sur la phase montante ou descendante de l'alcoolisation, locaux du commissariat peu surveillés la nuit, policiers non formés et non habilités à une surveillance médicale, état clinique conservé mais risque inacceptable, même faible, de coma éthylique. J'ai usé de la valeur de bienveillance devant le risque de mort même faible, bienveillance à l'égard de Guy (qu'il ne meure pas), de Lola (qu'elle ne soit pas orpheline), du policier (qu'il n'ait pas à répondre de la mort d'une personne sous sa garde) et de moi-même (ne pas porter sur la

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

conscience la mort d'autrui et ne pas être poursuivi pour faute).

Le policier a également trié les faits à sa façon : alcoolémie élevée nécessitant l'intervention du médecin légiste, état clinique conservé, surveillance rapprochée possible au cours de la nuit dans les locaux du commissariat, risque de détérioration de l'état très faible, nécessité de mobiliser deux collègues pour surveiller Guy à l'hôpital au détriment des patrouilles dans la ville. Le policier a usé des valeurs de bienveillance à l'égard de Lola (décourager son père de reconduire à l'avenir après une ingestion massive d'alcool) et de la société (que le souvenir du passage en cellule décourage Guy de recommencer et que la ville soit mieux protégée avec une patrouille opérationnelle supplémentaire). Mais il s'est rangé à mes arguments devant le risque faible mais inacceptable de décompensation de Guy.

Le médecin urgentiste a opéré de toute autre manière. Il a considéré de façon isolée le fait que Guy avait été soigné d'un cancer et, en utilisant la valeur de la pitié, a estimé qu'une personne qui avait subi une telle épreuve ne « méritait » pas de passer une nuit en prison. La question du substitut du procureur (« Y-a-t-il une contre-indication médicale à la poursuite de la garde à vue dans les locaux du commissariat? ») n'a pas permis de mobiliser de faits tels que l'alcoolémie. Un nouveau fait est ensuite parvenu à la connaissance du médecin urgentiste : la présence de Lola dans le véhicule au moment de l'interpellation. La valeur de pitié s'est immédiatement évanouie et la contre-indication médicale a été levée. On peut dire que c'est en fait la contre-indication « morale » (dans le sens du point de vue moral du médecin urgentiste) qui a été levée.

Cette situation est possible car le médecin répondant à la question du substitut du procureur en France n'est pas tenu de justifier par écrit les raisons de la contre-indication médicale. Si c'était le cas, un médecin serait contraint de donner des arguments raisonnables au magistrat. Les décisions du médecin urgentiste de maintenir puis de lever la contre-indication à la garde à vue après deux

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

heures observation semblent raisonnables. C'est l'explication qu'il en donne qui ne l'est pas.

L'utilisation de différentes valeurs morales est susceptible d'être dangereuse en matière de sécurité juridique car conduisant différents experts à trier les faits de manière différente. Mais il est impossible d'exclure les valeurs du raisonnement expertal tout comme il est impossible de les exclure du champ du droit et de la vie. Plutôt que de persister à vouloir maintenir une neutralité de façade tout en conservant des valeurs implicites et cachées, il faudrait avant tout se poser la question suivante en matière d'expertise : « **Quels faits pour quelles valeurs ?** » La valeur de bienveillance, nous le verrons bientôt, a ici un rôle déterminant à jouer.

Je vais à présent examiner les valeurs plus en détail, pourquoi elles sont nécessaires et quel est le rôle de quelques-unes d'entre elles dans la procédure pénale.

Pourquoi les valeurs sont-elles nécessaires ? Le « souci » de Bertrand Russell

Les valeurs, tout comme les principes moraux, sont présentes dans les textes de loi et « directement absorbé[es] par la normativité juridique, en particulier à travers les préambules et Déclarations des Droits inclus dans les constitutions. »¹

Il est toutefois tentant, comme le déclare Putnam, de maintenir la césure faits/valeurs de telle façon à ce que les valeurs soient ainsi expulsées du domaine de l'argumentation rationnelle:

Il est beaucoup plus facile de dire: « ceci est un jugement de valeur », au sens de: « c'est seulement une affaire de préférence subjective », que de faire ce que Socrate a essayé de nous enseigner: examiner qui nous sommes, en quoi consistent nos convictions les plus profondes et soumettre ces convictions à l'épreuve d'un examen réfléchi.²

¹ Heurtin Jean-Philippe, *La sociologie du droit de Max Weber*, Paris, Dalloz, 2006, p. 75

² Putnam Hilary, *Fait/valeur : la fin d'un dogme et autres essais*, Paris-Tel Aviv, L'éclat, 2004, p. 53

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Sans pouvoir le développer ici, je me range du côté des philosophes pour qui la valeur n'est pas immanente mais est nécessaire à la survie et à l'évolution de la société. Elle est un produit de notre évolution. J'en prendrai pour exemple le souci (worry) de Bertrand Russell et les commentaires suscités par celui-ci. Russell déclare ainsi :

EN *I cannot see how to refute the arguments for the subjectivity of ethical values, but I find myself incapable of believing that all that is wrong with wanton cruelty is that I don't like it.*

FR *Je ne vois pas comment réfuter les arguments sur la subjectivité des valeurs éthiques mais je me trouve moi-même incapable de croire que tout ce qui ne va pas avec le désir de cruauté est que je n'aime pas cette idée.*¹

Pour David Wiggins, ce qui est mal avec la cruauté n'est pas le fait, même pour Russell, que Russell ne l'aime pas, mais que la cruauté n'est pas de nature à invoquer de réponses actuelles de la société :

EN *What is wrong with cruelty is not even for Bertrand Russell that Bertrand Russell does not like it, but that it is not such as to call forth liking given our actual collectively scrutinized responses. Those responses are directed at cruelty and at what cruelty consists in on the level of motive, intention and outcome... To be sure... these things would not impinge as they do upon us if our responses were not there to be called upon. In the presence of a good reason to call them in question we should not be able to trust them or to take too much for granted about the well-foundedness of the properties they are keyed to. But in the total absence of such a reason, it will not be at all question-begging for Russell simply to remind himself as thoroughly and vividly as he can of just what is that he dislikes, abhors, detests... about cruelty and its ancient and hideous marks.*

FR *Ce qui est mal avec la cruauté, ce n'est même pas pour Bertrand Russell que Bertrand Russell ne l'aime pas, mais que ce n'est pas de nature à appeler nos réponses actuelles collectivement concertées. Ces réponses sont dirigées vers*

¹ Wiggins David, *NEED, VALUES, TRUTH : ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF VALUE*, Oxford & New York: Clarendon, 1998, p. 185

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

la cruauté et à tout ce que la cruauté consiste en termes de motifs, intentions et résultats ... [ma mise en gras] Pour être sûr ... ces choses ne devraient pas nous affecter comme elles le font si nos réponses n'étaient pas là pour qu'on les invoque. En présence d'une bonne raison pour les remettre en cause, nous ne devrions pas être en mesure de leur faire confiance ou de prendre trop pour acquis le bien-fondé des propriétés auxquelles elles sont reliées. Mais en l'absence totale d'une telle raison, il n'y aura pas du tout de supplique interrogative pour Russell, simplement [la nécessité] de se rappeler aussi bien et de manière aussi vive que possible qu'il en est capable de ce que justement il n'aime pas, abhorre, déteste... à propos de la cruauté et de ses anciens et hideux champs d'action.¹

Il me semble que Wiggins fait ici une allusion implicite à son idée de l'autonomisation du système de valeurs créé par l'intérêt prudentiel de l'Homme², idée voisine des théories évolutionnistes qui se distingue du Darwinisme social d'Herbert Spencer (qualifié de Spencérisme³) mais qui se rapproche du Darwinisme de Charles Darwin.⁴ La cruauté ne correspond pas aux valeurs prudentielles sélectionnées par l'évolution pour permettre la perpétuation de l'espèce. Elle est donc rejetée par la société, elle ne fait donc pas partie des « réponses humaines » qui sont, au contraire, dirigées contre elles. Nous pouvons donc rassurer Bertrand Russell que « wanton cruelty is wrong » dans le sens d'une certaine conception de la morale évolutionniste.

Pour Blackburn, au contraire, « nos réponses actuelles sont inappropriées pour définir l'immoralité de la cruauté » (Our actual responses are inappropriate anchors for the wrongness of

¹ Cité par O'Hear. Voir O'Hear Anthony, *PHILOSOPHY AT THE NEW MILLENIUM*, Cambridge, Cambridge University press, 2001, p. 122

² Blackburn cite Wiggins:

EN *When this point is reached, a system of anthropocentric properties and human responses has surely taken on a life of its own. Civilization has begun.*

FR *Quand un tel point est atteint, un système de valeurs anthropométriques et de réponses humaines a pris vie de manière autonome. La civilisation est née.*

Voir Blackburn Simon, *ESSAYS IN QUASI-REALISM*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 171

³ Selon le Spencérisme, « les actes sont bons ou mauvais suivant que la somme de leurs effets augmente le bonheur des hommes ou augmente leur misère. » Voir à ce propos Spencer Herbert, *Les bases de la morale évolutionniste*, New-York, General Books, 2012, chap III, parag. 14

⁴ Pour Charles Darwin, les valeurs, outre leur transmission par l'habitude, l'éducation et l'exemple, sont une conséquence de la sélection naturelle « par le fait que les individus doués de ces vertus ont le mieux réussi dans la lutte pour l'existence ». Par ses positions hostiles au Darwinisme social, Darwin en a été un des plus farouches adversaires. Voir à ce propos Darwin Charles, *La descendance de l'Homme et la sélection sexuelle*, trad. E. Barbier, Paris, C. Reinwald, 1891, p. 132-134

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

cruelty). Il ajoute que « ce qui fait la cruauté détestable n'est pas qu'elle nous offense mais toutes les choses horribles qui [nous] la rendent ainsi [détestable] » (What makes cruelty abhorrent is not that it offends us, but all those hideous things that make it do so).¹ Blackburn prend le problème à l'inverse de Wiggins: ce qui nous fait rejeter la cruauté, ce n'est pas son fondement (l'exclusion des valeurs morales par l'intérêt prudentiel de la sélection naturelle) mais les conséquences néfastes qu'elle engendre.

La valeur existe donc par les faits qu'elle induit et produit. On pourra ajouter par les faits qu'elle révèle.

Exemple de valeurs

Les faits sont donc révélés au filtre d'un certain nombre de valeurs. J'évoquerai les valeurs de justice, vérité, légitimité, rationalité, dignité et bienveillance.

Lavelle, citant Goblot, individualise les valeurs de justice et vérité qui sont différenciées des autres valeurs en tant que moyens. Je reprends cette classification à mon compte dans le plan :

Goblot fait cette remarque importante qu'il y a des fins utiles de l'intellect et du vouloir dont il faut dire, non pas qu'elles portent en elles un caractère de perfection objective, mais qu'elles déterminent l'activité du sujet par elles-mêmes et non point par rapport à une fin dont elles seraient les moyens : ces fins ultimes ne peuvent être que la vérité et la justice. Seules les valeurs qui ne sont elles-mêmes que des moyens en vue d'autres fins sont, dans le rapport qu'elles ont avec ces fins, des objets pour la connaissance. Mais alors la connaissance demeure ici un système hypothético-déductif qui, comme tel, reçoit une application dans le domaine de la valeur à condition que la valeur puisse être posée

¹ Blackburn Simon, *ESSAYS IN QUASI-REALISM*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 172

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

d'abord immédiatement et intuitivement comme une fin qui mérite d'être poursuivie.¹

Les valeurs en tant que fins ultimes : justice et vérité

La justice

La justice ne peut être envisagée sans la valeur de Justice, c'est une tautologie. Mais vouloir la justice ne signifie pas pour autant l'obtenir ou disposer de procédures créant les conditions de pouvoir éventuellement l'atteindre. Ce qui est attendu est plutôt que la justice mette en place les conditions du droit au procès équitable. L'État suédois est un état de droit et a signé la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales le 4 février 1952 avec entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Roberth Nordh se demande toutefois si le Code judiciaire suédois (RB), au regard du rôle qu'il attribue au procureur, satisfait à ce droit. Il en donne ici les raisons :

SE För egen del är jag [Roberth Nordh] kritisk till en ordning som innebär att åklagaren ska sköta både huvudförhöret och motförhöret. Med tanke på de olika syften som dessa båda förhör har ställer det stora krav på åklagaren att hålla isär förhören. Risker är emellertid att åklagaren redan under huvudförhöret börjar ifrågasätta den tilltalades uppgifter. Särskilt märkbar är den risken när den tilltalades förhör har föregåtts av förhör med målsäganden och den tilltalade föredrar att direkt svara på frågor framför att fritt lämna en sammanhängande berättelse.

Det finns anledning att fundera över om rättegångsbalkens reglering är tillräckligt anpassad till den moderna synen på den tilltalades roll i processen. Inte minst gäller detta Europakonventionens, särskilt artikel 6 och dess tolkning och tillämpning i praxis, inflytande på svensk rätt". [...] I 46: 6 RB anges vidare att den tilltalade ska höras. Inte sällan anger dessutom åklagaren i sin stämningsansökan förhör med den tilltalade som bevisning. Detta ger intrycket att brottmålsprocessen har som utgångspunkt att den tilltalade är skyldig att medverka i rättegången såsom ett särskilt bevismedel. En sådan syn rimmar dåligt med Europakonventionen.

¹ Lavelle Louis, *Traité des valeurs, Tome I: théorie générale de la valeur*, Paris, Logos: puf, 1991, p. 625

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

FR Pour ma part je [Roberth Nordh] suis critique à l'égard d'une organisation qui implique que le procureur prend en charge à la fois l'interrogatoire et le contre-interrogatoire. Eu égard aux différents objectifs de ces deux interrogatoires, cela exige que le procureur les séparent. Le risque est cependant que le procureur commence déjà au cours de l'interrogatoire à mettre en question les données fournies par l'accusé. Ce risque est particulièrement perceptible quand l'interrogatoire du mis en cause a été précédé de l'interrogatoire du plaignant et que l'accusé préfère répondre directement aux questions plutôt que de raconter librement un récit cohérent.

Il y a des raisons de se demander si la réglementation du Code de procédure judiciaire [suédois] est suffisamment adaptée à la conception moderne du rôle de l'accusé au cours du procès. Non seulement cela concerne la Convention Européenne, en particulier l'article 6, son interprétation et son adaptation à la pratique ainsi que son influence sur le droit suédois. [...] L'article 6 du chapitre 46 du Code de procédure judiciaire [suédois] dispose que l'accusé sera entendu. Il n'est pas rare que le procureur dans sa requête en assignation utilise l'interrogatoire de l'accusé comme élément de preuve. Cela donne l'impression que le processus judiciaire a comme point de départ que l'accusé a une obligation de participer au procès en tant qu'un élément de preuve particulier. Un tel point de vue s'accorde mal avec la Convention Européenne.¹

Le médecin légiste ne peut faire en sorte que la valeur Justice soit respectée au cours du procès pénal. Il peut tout au plus, à son niveau, avoir un comportement qui ne va pas à l'encontre du droit au procès équitable. Le détail de ce comportement, qui constitue le sujet de cette thèse, sera abordé au cours de la troisième et dernière partie.

La vérité

En matière de justice, on ne peut pas vouloir atteindre la Vérité à tout prix. Comme le montre le Professeur Heike Jung, tous les moyens pour atteindre la vérité ne sont pas acceptables dans un État de droit :

¹ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor; om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 88-89

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Le principe est clair : il ne faut pas – selon la formule de la Cour suprême fédérale allemande – rechercher la vérité à tout prix : toute forme de torture, des méthodes trop invasives dans la vie privée et tout acte manipulateur qui cherche à piéger l'accusé sont interdits.¹

Si la recherche de la vérité doit se soumettre aux impératifs d'une société démocratique, elle cède aussi devant la valeur de l'Amour des proches. Ces derniers ne sont pas en effet obligés de témoigner en droit suédois :

SE Den som på visst sätt är närstående till part är enligt 36: 3 RB inte skyldig att vittna. Om ett vittne utnyttjar denna rätt får en vittnesberättelse enligt 35: 14 RB, vanligen är det fråga om brottmål och uppgifter som lämnats under förundersökningen, inte åberopas. I annat fall skulle den närståendes rätt enligt 36: 3 RB kunna kringgås. Detta bör gälla oberoende av till vems förmån berättelsen skulle verka, vilket för övrigt är svårt för domstolen att avgöra utan att ha tagit del av den.

FR Celui qui est proche d'une certaine manière d'une partie ne peut être contraint à témoigner selon l'article 3 du chapitre 36 du Code de procédure judiciaire [suédois]. Si le témoin utilise le droit [de ne pas témoigner], le témoignage de [ce] témoin dans le cadre de l'article 14 du chapitre 35 du Code de procédure judiciaire [suédois], habituellement s'agissant de questions en rapport avec une infraction et des renseignements qui sont communiqués au cours de l'enquête préliminaire, ne sera pas invoqué/demandé. Dans un autre cas ce droit du proche peut être contourné selon l'article 3 du chapitre 36 du Code de procédure judiciaire [suédois].² Cela devrait s'appliquer indépendamment d'à qui profiterait le témoignage, ce qui est par ailleurs difficile pour le tribunal de déterminer avant d'en avoir pris connaissance.³

¹ Jung, H. (2010). Formes et modèles du procès pénal : Sauvegardes contre la manipulation ?. Dans Alain Berthoz, Carlo Ossola et Brian Stock (Dir.), *La pluralité interprétative, fondements historiques et cognitifs de la notion de point de vue*. Paris : Collège de France, p. 4

² Ce passage fait allusion à la loi 1973:240 prévoyant que le proche ne peut pas s'opposer à témoigner s'il a agi en tant que représentant/délégué (ställföreträdare) du mis en cause. Voir Lag (1973:240) - (SFS 1973:240)

³ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor; om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 31

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

On pourrait penser que la justice nécessite d'atteindre la vérité de ce qu'il s'est passé mais la Vérité en soi n'est pas accessible, même si elle constitue le dénominateur commun sur lequel tout le monde pourrait se retrouver. Mais le tribunal, comme le note Hanna Olsson, ne prend pas position *stricto sensu* pour la vérité :

SE *En domstol tar inte ställning till sanningen. Dess enda uppgift är att fastslå vad den anser vara styrkt genom den bevisning som framläggs.*

FR *Un tribunal ne prend pas position par rapport à la vérité. Sa seule tâche est de déterminer ce qu'il considère être étayé par la preuve présentée.¹*

Dans le passage suivant, Hanna Olsson détaille le rapport du tribunal à la vérité. Je le cite *in extenso* car il me semble clair et pédagogique :

SE *Att bedöma all presenterad bevisning, så kallad bevisvärdering, är alltså rättens uppgift. Indicier är tecken. För att ha bevisvärde måste indicierna peka i en och samma riktning. Inget av tecken vet om de andra. De är oberoende sinsemellan och vet därför inte heller om sin egen vikt; betydelsen skapas genom sammanhanget. Rätten prövar och värderar allt som framkommit i rättegången. Det som rätten anser är avgörande slutsatser tas upp i tingsrättens domskäl. Att värdera bevisningen är, eller borde vara, juridikens intellektuella huvuduppgift.*

Varje dom är ett individuellt arbete. När domarna skall tillämpa lagen använder de sitt eget omdöme. Man kan därför knappast säga att en dom, när det gäller bedömningen av bevisningen, är riktig eller felaktig. Men man kan säga att rätten satt beviskraven alltför högt, alternativt alltför lågt. Eller att domen brister i logik.

FR *L'évaluation de la preuve, c'est-à-dire évaluer tous les éléments de preuve présentés, constitue ainsi la tâche assignée à la Cour. Les indices sont des signes. Pour avoir valeur probante, les indices doivent pointer dans une et même direction. Aucun de ces signes n'est au courant de l'existence des autres. Ils sont indépendants les uns des autres et ils ne connaissent pas non plus leur propre poids ; la signification est créée par le contexte. Le tribunal examine et*

¹ Olsson Hanna, *Catrine och rättvisan*, Stockholm, Pocky, 2005, p. 53

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

évalue tout ce qui a surgi au cours du procès. Ce que le tribunal estime être des conclusions cruciales est inclus dans les motivations du jugement de première instance. Évaluer l'ensemble des éléments de preuve est, ou devrait être, la tâche intellectuelle principale de la justice.

Chaque jugement est un travail individuel. Lorsque les magistrats doivent appliquer la loi, ils emploient leur propre jugement. On peut ainsi à peine dire qu'un jugement, quand il s'agit de l'évaluation des preuves, est vrai ou faux. Mais on peut dire que le tribunal a fixé le niveau de preuve requis trop haut ou trop bas. Ou alors que le tribunal a failli en matière de logique.¹

Björn Hurtig, avocat de la défense, est sur ce modèle dans une recherche qui n'est pas celle de la vérité – il faut s'arrêter avant de l'atteindre si elle détruit les éléments de preuve que l'on souhaite mettre en avant – mais plutôt dans une démarche d'instiller un doute raisonnable, de manière à ce que la culpabilité de son client ne puisse justement pas être établie au-delà du doute raisonnable :

SE Jag är försvarsadvokat och inser att oklarheten talar till min fördel. Samtidigt som jag fick lära mig mycket om min klients värld så var jag tvungen att ibland säga till henne och hennes kolleger att « stoppa där, nu kanske vi på något sätt förstör min bevisning. Jag vill inte ta reda ut det där, lägg av. Det där kan ni ta efteråt. » Det var intressant att se hur vetenskapsmän vill finna sanningen. Jag vill liksom hitta en väg där vi har rimliga tvivel hela tiden.

FR Je suis avocat de la défense et j'estime que les zones d'ombre sont en ma faveur. En même temps j'ai eu la possibilité d'apprendre beaucoup au sujet du monde dans lequel ma cliente évolue, donc j'étais parfois obligé de lui dire, à elle et à ses collègues : « Arrêtez-vous ici, là on est peut-être en train de détruire d'une certaine manière mes preuves. Je ne veux pas approfondir cela, laissez tomber. Vous pourrez le faire plus tard. » C'était intéressant de voir comment les scientifiques veulent trouver la vérité. Moi je veux trouver un chemin d'une certaine manière où on a un doute raisonnable tout le temps.²

Cette vision décrite par Hanna Olsson et qui ressort du Code de procédure judiciaire suédois peut

¹ Olsson Hanna, *Catrine och rättvisan*, Stockholm, Pocky, 2005, p. 186

² Gunarsdotter Sara, *3 ml om ett blodprov och ett åtal*, Stockholm, Läkartidningen Förlag, 2012, p. 181

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

être perçue comme empreinte de la philosophie d'Axel Hägerström que j'ai précédemment évoquée. L'héritage d'Hägerström ne me semble pas nier l'interaction faits/valeurs mais aller dans le sens du droit au procès équitable, en montrant l'importance d'évaluer tous les éléments de preuve sans en habiller certains de la valeur « incontestable » de vérité, ce qui risquerait de bloquer leur mise en variation.

On pourra par ailleurs remarquer que la possibilité de faire appel d'un jugement et avoir un jugement en deuxième instance qui n'est pas conforme à la première instance montre bien la difficulté à atteindre une vérité intangible. De même le juge peut être faillible puisqu'il a parfois besoin d'être en collège et qu'il n'est pas tenu par le jugement d'un autre juge (jurisprudence) qui peut lui sembler contraire à son interprétation de la loi.

La valeur qui me semble la plus à même de se rapprocher de la vérité est la rationalité. Habermas écrit d'ailleurs à ce propos : « L'établissement discursif d'une prétention à la vérité mène à l'acceptabilité rationnelle et non pas à la vérité. »¹ Plutôt que de partir à la recherche d'une vérité inaccessible, le médecin légiste s'attachera à faire surgir des faits tangibles et à les interpréter de manière rationnelle, c'est-à-dire sous le prisme de la valeur de rationalité.

¹ Habermas Jürgen, *L'éthique de la discussion et la question de la vérité*, Paris, Bernard Grasset, 2003, p. 72

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Les valeurs en tant que moyens

La rationalité

La rationalité est une valeur nécessaire mais non suffisante pour l'émergence de la valeur de légitimité au cours d'une expertise. Selon Georges Kalinowski, « il y a longtemps que les philosophes ont constaté que la disposition à raisonner correctement [la rationalité] est l'une des parties intégrantes de la prudence »¹ Il appuie ses propos sur un texte de Saint Thomas d'Aquin.²

Mais comme le souligne Alain Boyer citant Popper, on ne peut pas justifier de l'utilisation de la rationalité. Il pourrait ne s'agir que d'un choix moral, non d'un choix que l'on pourrait démontrer (on pourrait tout au plus l'argumenter) :

*Popper affirmait, en 1944, que le choix de la rationalité ne peut être conçu comme un choix rationnel, mais devait être ultimement appréhendé comme un choix moral (refus de la violence, acceptation du fait que les autres sont des critiques potentiels de mes positions faillibles...).*³

Je vais d'abord envisager ce que Max Weber considère comme rationnel en droit dans sa *Sociologie du droit* avant d'aborder la rationalité chez l'expert. Max Weber est évoqué ici car il a bien illustré le mouvement de rationalisation du droit. Je développerai ensuite une des acceptions que donne Jürgen

¹ Kalinowski Georges, *Introduction à la logique juridique*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 171

² Kalinowski cite Saint Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, II, II, 49, 5 : « ...ad prudentiam necessarium est quod homo sit bene ratiocinativus ». La traduction française de Documenta Catholica Omnia (article 5 de la question 49) de la somme théologique IIa-IIae est la suivante : « L'œuvre de la prudence est de bien délibérer, selon Aristote. Or la délibération est une recherche où, partant de certaines données, on tend vers des conclusions. Telle est l'œuvre de la raison. Il est donc nécessaire à la prudence que l'homme sache bien raisonner. Et puisque ce qui est exigé pour la perfection de la prudence prend le nom de parties pour ainsi dire intégrantes de la prudence, il y a lieu de compter la raison par elles. »

³ Selon Alain Boyer dans Habermas Jürgen, *L'éthique de la discussion et la question de la vérité*, Paris, Bernard Grasset, 2003, p. 26

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Habermas de la rationalité car ses remarques sur la rationalisation chez Weber nous permettront de mieux comprendre les modèles sociologiques qui seront analysés dans la troisième partie.

À noter que les deux niveaux de rationalité présentés à partir d'écrits de ces deux auteurs n'ont pas été explicitement revendiqués par eux comme seule acception possible de la rationalité.

Selon Jacques Grosclaude, pour Weber, « rationnel est le droit qui juge selon la règle qui est formulée à partir de principes »¹ mais comme le remarque Henri Batifol, « il va de soi que la rationalisation d'un droit ne va pas nécessairement de pair avec son effectivité ».² Disposer d'un droit « rationnel » ne signifie donc pas qu'il permette de prendre de meilleures décisions de justice.

Max Weber différencie des idéaltypes de conformation du droit : le droit irrationnel et le droit rationnel qui peuvent être formels et matériels.³ Il les détaille dans le passage suivant :

[La création du droit et la découverte du droit] peuvent être ou bien rationnelles ou bien irrationnelles. Elles sont irrationnelles au point de vue formel quand, pour régler des problèmes posés par la création du droit et la découverte du droit sont employés des moyens qui ne peuvent pas être contrôlés par la raison tels que la consultation d'oracles ou de leurs succédanés. Elles sont irrationnelles au point de vue matériel dans la mesure où ce ne sont pas des normes générales mais des évaluations très concrètes du cas particulier – qu'elles soient éthiques, sentimentales ou politiques – qui déterminent la décision. « Rationnelles », la création du droit et la découverte du droit peuvent l'être aussi au point de vue formel et au point de vue matériel. Tout droit formel est pour le moins au point de vue formel relativement rationnel. (...) [La rationalité matérielle] signifie précisément que des normes qualitativement différentes de celles obtenues par la généralisation logique d'interprétations abstraites signifiantes doivent influencer sur le règlement des

¹ Voir la préface de Jacques Grosclaude, dans Weber Max, *Sociologie du droit*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 20

² Batifol Henri, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 105

³ La distinction entre droit formel et droit matériel est décrite par Jacques Grosclaude en ces termes dans sa préface de la sociologie du droit de Max Weber: « Le droit formel est donc un système dans lequel l'ensemble des normes obéissent uniquement à la logique juridique sans l'intervention de considérations extérieures au droit. Une loi est dite matérielle si elle est conforme aux données de l'éthique, de la religion, de l'économie, de la politique du moment. Le droit matériel est donc un système qui se réfère à des éléments extra-juridiques ». Voir Weber Max, *Sociologie du droit*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 20

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

problèmes juridiques : ce sont des impératifs éthiques ou des règles utilitaires, des règles d'opportunité ou des maximes politiques qui brisent le formalisme de la caractéristique extérieure comme celle de l'abstraction logique.¹

La justice irrationnelle formelle est donc caractérisée par l'utilisation de l'oracle, c'est-à-dire celui qui rend des avis qui s'imposent sans avoir à justifier de comment il est arrivé à ses conclusions. Ce qui fait défaut selon Weber dans la justice primitive, c'est « l'idée que l'on peut prouver un 'fait' par des moyens rationnels, en particulier par le moyen le plus important, celui de l'audition de 'témoins' et celui de la preuve par 'indices' ». ²

Par analogie, on peut dire que l'expert doit se baser sur des faits et des indices pour rendre ses conclusions. Il agit de manière irrationnelle quand il utilise « des moyens qui ne peuvent pas être contrôlés par la raison ». Il se comporte comme un oracle quand il rend ses conclusions à partir d'une intuition qui n'est motivée par aucun fait. Je désignerai cet outil d'évaluation du médecin légiste sous le terme *ex nihilo**.

Un exemple d'oracle et d'évaluation *ex nihilo** ne concernant pas la Suède m'a été donné par un collègue norvégien. Un médecin avait établi que la mort d'une personne était due à un surdosage en prégabaline, médicament utilisé notamment dans le traitement de l'épilepsie en association, contre les douleurs neuropathiques centrales/périphériques, dans le trouble anxieux généralisé de l'adulte³ et parfois également comme drogue récréationnelle. Le procureur avait demandé à l'expert à quelle concentration était la prégabaline dans le sang et, étonné, l'expert avait répondu qu'il n'avait pas fait d'analyse toxicologique. Son intuition et son intime conviction qui n'étaient étayées par aucun fait tangible, lui avaient permis à elles seules de faire le diagnostic. Doser la concentration de prégabaline dans le sang était donc apparu comme inutile.

Cette façon de faire un diagnostic, que je n'ai jamais vu employée en médecine légale

¹ Weber Max, *Sociologie du droit*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 42

² Weber Max, *Sociologie du droit*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 165

³ Läkemedelsindustriföreningens Sverige, FASS 2013 A-L, LIF, Stockholm, 2012, p. 2393

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

suédoise, n'est cependant possible que si la police et le magistrat adhèrent au « mythe de la boule de cristal », c'est-à-dire à la croyance erronée que le médecin légiste est « capable » en toutes circonstances de faire un diagnostic, qu'il n'a donc pas besoin de faire surgir des faits tangibles pour tirer ses conclusions ou qu'il peut le faire avec un nombre d'éléments extrêmement réduit. L'intuition déductive catégorique décrite par Alan R. Moritz, qui sera abordée dans la troisième partie, ne procède pas tout à fait de cette logique d'oracle mais de conclusions hâtives se basant sur un seul fait ou quelques faits non pathognomonique(s).¹

Notons que la technique *ex nihilo** peut être parfois rapprochée du sens commun. On peut ainsi estimer qu'une personne jeune qui décède brutalement et qui est connue pour avoir fait plusieurs surdosages à la prégabaline doit être probablement décédée de son surdosage. L'hypothèse *ex nihilo** pour être acceptée par la police doit donc être raisonnable. « Raisonnable » ne correspond pas ici au concept anglais de *reasonable* qui « contient implicitement le sens de 'rationnel' au sens de 'pratiquement utile' »² mais s'oppose plutôt à une hypothèse farfelue à laquelle personne ne pourrait croire de manière décente sans risquer de montrer un excès de crédulité.

Cette acception de la rationalité de Weber où le juge n'agit plus comme un oracle implique qu'il doit désormais avoir la capacité de justifier sa décision (même s'il renonce à le faire) en fait et en droit. L'exposition des outils employés par l'expert pour établir ses conclusions en serait le corollaire.

Il existe un niveau plus avancé de rationalité. C'est celui où l'aspect raisonnable ne suffit plus. La rationalité est évoquée dans un argument du modèle technocratique de l'expertise auquel Habermas

¹ Est pathognomonique ce qui est spécifique d'une maladie ou d'une condition, de telle façon à ce qu'aucune autre maladie ou condition ne soit possible. On prendra pour exemple le signe de Köplick (petites taches blanchâtres sur une muqueuse buccale rouge) en période d'invasion de la rougeole. Le problème de l'existence de la pathognomonie en médecine légale est abordé dans la troisième partie.

² Weber Max, *Sociologie du droit*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 212

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

s'oppose, où il estime que ce n'est pas la même rationalité qui peut à la fois résoudre les questions techniques* et pratiques*.¹ J'expliquerai en détail cette citation dans la troisième partie, au paragraphe consacré au modèle technocratique de l'expertise. Je peux déjà en dire que Habermas fait ici une allusion implicite au critère logique défini par John Dewey.

Pour ce dernier, « la rationalité est une affaire de relation de cause à effet et non de principes premiers fixés comme des prémisses ultimes ou des contenus de ce que les Néo-scholastiques appellent critériologie » (Rationality is an affair of the relation of *means* and *consequences*, not of fixed first principles as ultimate premises or as contents of what the Neo-scholastics call *criteriology*).² Les relations de cause à effet doivent avoir une relation logique. Selon Dewey, le raisonnement **et** les concepts doivent satisfaire aux conditions d'interrelation systématique pour pouvoir être qualifiés de logiques :

EN *Ordered discourse is itself a series of transformations conducted according to rules of rigorous (or necessary) and fruitful substitution of meanings. Such transformation is possible only as a system of interrelated abstract characters is instituted. Common sens conceptions, for example, do not satisfy the conditions of systematic interrelation. Hence the change of content they undergo in science as they are modified to satisfy this condition. Transformation of conceptual contents, according to rules of method that satisfy determinate logical conditions, is thus involved both in conduct of discourse and in the formation of the conceptions that enter into it even when discourse is intended to have final existential application.*

FR *Un discours ordonné est lui-même une série de transformations conduites selon les règles de substitution rigoureuse (ou nécessaire) et fructueuse de significations. Cette transformation n'est possible que quand est institué un système de caractères abstraits interdépendants. Les conceptions issues du sens commun, par exemple, ne remplissent pas [ces] conditions d'interrelation systématique. D'où le changement de contenu qu'elles subissent dans la science quand elles sont modifiées pour satisfaire à cette condition [d'interrelation systématique]. La transformation des contenus*

¹ Habermas Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Tel Gallimard, 2011, p. 101

² Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007, p. 9

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

conceptuels selon les règles de la méthode qui satisfait aux conditions logiques déterminée, est ainsi impliquée à la fois dans la conduite du discours et dans la formation des conceptions qui entrent dans ce même discours lorsque ce dernier est destiné à une application existentielle finale.¹

En estimant que le critère *raisonnable* ne suffit pas à la rationalité mais qu'il faut y rajouter le critère de logique selon Dewey, la rationalité atteint un autre niveau d'exigence : un raisonnement acceptable par la raison doit devenir logique par interrelation systématique. Ce concept semble lui-même faire écho à *l'implication stricte* de Lewis et Langford.² On peut déjà à ce stade pressentir que cette exigence de rationalité est trop élevée et l'acception de rationalité trop étroite pour permettre l'achèvement de la rationalisation en matière de droit.

Le médecin sera donc face à une exigence très élevée pour déterminer par exemple que la mort est due à l'ingestion d'une substance. Il ne s'agira plus d'utiliser le sens commun pour dire que l'on meurt par empoisonnement à l'arsenic quand on en retrouve en quantité qui semble satisfaisante dans le corps d'un défunt. Il faudra aussi lier le sens commun à la science (connaissances en tant que données acquises de la science et expérience éprouvée, en suédois *beprövad erfarenhet*) pour tenter de montrer un lien par interrelation systématique. J'emprunte à nouveau cet exemple à John Dewey :

EN *Take such a non-scientific belief as is expressed in the proposition "Taking arsenic into the system causes death." In linguistic form it is a generalisation and it is about a sequence that is taken to be at least fairly uniform. But scientific inquiry proceeds by introducing qualifications. The amount of arsenic taken has to be specified; the dose of arsenic has to be off sufficient quantity. The conditions of the system into which it is taken have to be determined. For some persons by repeatedly taking small doses in increasing amounts become immune to does that would be fatal to other persons. The presence or absence of come "counteracting conditions" has to be taken into account, since, for example, death*

¹ Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007, p. 395

² Voir à ce propos Lewis Clarence Irving, Langford Cooper Harold, *SYMBOLIC LOGIC*, New York, The Century Philosophy Series, 1932.

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

may not follow if an antidote be taken. The proposition that results when inquiry is carried only to this point is not of a uniform sequence, but is of some such form as "Taking arsenic into the system under certain conditions tends to produce death". There is still a statement of a problem rather than a final scientific conclusion."

FR Prenez une croyance non scientifique telle qu'exprimée dans la proposition « Prendre de l'arsenic entraîne la mort ». Dans sa forme linguistique, il s'agit d'une généralisation et d'une séquence passablement uniforme. Mais le raisonnement scientifique procède en introduisant des conditions [nécessaires]. La dose d'arsenic prise doit être spécifiée ; la dose d'arsenic prise doit être en quantité suffisante. Les conditions au cours desquelles la substance est absorbée doivent être précisées. Pour certaines personnes, le fait de prendre de manière répétée de petites doses en les augmentant [progressivement] les protège de doses qui seraient fatales à d'autres personnes.¹ La présence ou l'absence « d'actions antagonistes » doit aussi être prise en compte, par exemple du fait que la mort peut ne pas s'ensuivre si un antidote² est administré. La proposition qui résulte quand l'enquête en est à ce point n'est pas une séquence uniforme, mais ressemble plutôt à une expression du genre « Absorber de l'arsenic sous certaines conditions tend à entraîner la mort ». C'est plutôt l'énoncé d'un problème qu'une conclusion scientifique aboutie.³

Dewey envisage dans cet exemple la logique comme une implication stricte. Il n'y en a pas dans l'induction *prise d'arsenic* → *décès*, l'implication n'étant que conditionnelle. Les conclusions de l'expert reposent donc sur un certain nombre de conditions qui doivent être remplies, par exemple l'absence de phénomène de tolérance, pour que le diagnostic puisse être considéré comme rationnel par interrelation systématique et que la mort puisse être considérée comme due à une prise d'arsenic. Tous ces prérequis, qui sont en fait pour certains de simples hypothèses, doivent être énumérés à l'autorité requérante pour que celle-ci puisse les confirmer si l'enquête de police le permet et puisse évaluer de manière critique le diagnostic posé. C'est par exemple l'enquête de

¹ Dewey fait allusion au phénomène de tolérance, voire à celui de mithridatisation s'agissant de poisons tels que l'arsenic.

² On prendra comme exemple d'antidotes de l'arsenic les monoesters de DMSA, Voir à ce propos Kreppel, H., Reichl, F.X., Kleine, A., Szinicz, L., Singh, P.K. & Jones M.M. (1995). ANTIDOTAL EFFICACY OF NEWLY SYNTHESIZED DIMERCAPTOSUCCINIC ACID (DMSA) MONOESTERS IN EXPERIMENTAL ARSENIC POISONING IN MICE. *Appl. Toxicol.* 26 (2), 239-245.

³ Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007, p. 452

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

police qui permettra de déterminer s'il existe un phénomène de tolérance ancien. Dans le cas de l'arsenic, le médecin légiste pourra en avoir une idée par analyse des cheveux.¹

Le diagnostic de l'empoisonnement par arsenic présente en outre la difficulté de nécessiter une recherche orientée. Si l'enquêteur ne le soupçonne pas, il ne pourra être mis en évidence que par un screening systématique. Au vu de la rareté du diagnostic, l'arsenic est parfois absent des screenings dans certains pays², ce qui auto-amplifie mécaniquement la rareté du diagnostic. On ne trouve en effet que ce que l'on cherche.

À ce niveau, on voit bien que la valeur de rationalité doit être associée à des connaissances et à une expérience particulières (*speciella erfarenhetssatser*) pour que l'expertise puisse prétendre à la valeur de légitimité, la légitimité étant la seule justification de l'intervention du médecin légiste dans la procédure pénale. Le sens commun et les expériences de la vie courante ne semblent pas suffire dans le cas évoqué. Comme l'écrit Faigman :

EN *If the science is removed from the witness, then that witness has no role to play in the courtroom, and no business being there. If there is no science, there can be no forensic science.*

FR *Si la science n'est pas utilisée par [l'expert], alors [l'expert] n'a pas de rôle légitime à intervenir dans le procès, et aucune raison d'être là. S'il n'y a pas de science, il ne peut pas y avoir de science forensique.*³

Faigman semble également être d'accord avec le fait que l'expert doit expliquer comment il est arrivé à ses conclusions :

¹ Parmi les cas célèbres où de l'arsenic a été retrouvé dans les cheveux, on citera Napoléon Bonaparte et Éric XIV de Suède. Pour plus de détails à leur sujet, voir Kronstad, R. (2004). Det hänger på håret. *Bioscience explained*, 2 (1), p.5. Disponible le 4 août 2004 sur le site Bioscience-explained.org

² Voir à ce propos, concernant l'arsenic mais aussi le laurier-rose (plante cardiotoxique): Johnson, J. (28 août 1988). LIMITATIONS OF AUTOPSIES FAIL TO DETECT RARE POISONS. *Los Angeles Times*. Disponible le 4 août 2014 sur le site latimes.com

³ Faigman David L., Kaye David H., Saks Michael J., Sanders Joseph, *SCIENCE IN THE LAW: FORENSIC SCIENCE ISSUES*, St. Paul, West Group, 2002, p. 17

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

EN *The forensic scientist must always bear the burden of responsibility of justifying an opinion, and the work that has led to that opinion.*

FR *L'expert forensique doit toujours porter le fardeau de la responsabilité de justifier ses conclusions, et le travail qui a mené à ces conclusions.*¹

Les conditions de légitimité par les outils que le médecin légiste choisit pour faire son évaluation me semble à ce niveau les suivantes : sa nomination dans la procédure, la rationalité de son expertise en lien avec des connaissances en rapport avec les données acquises de la science et une expérience éprouvée. Cette utilisation d'outils dont ne disposent pas la police et le magistrat correspond au principe de subsidiarité de l'intervention de l'expert comme condition de légitimité, aspect déjà abordé dans la première partie.

La dignité

La dignité est une valeur particulière car elle est parfois utilisée par le juge pour faire valoir son propre point de vue. Elle participe également à l'émergence des faits tangibles comme nous allons le voir bientôt.

En France, la dignité permet au magistrat de faire valoir son point de vue

Exceptionnellement je prendrai un exemple concernant la jurisprudence française avec l'affaire dite du « lancer de nain » du fait du caractère exemplaire du détournement de la notion de dignité de la personne humaine pour justifier son propre point de vue et l'imposer à autrui. La phrase suivante de

¹ Faigman David L., Kaye David H., Saks Michael J., Sanders Joseph, *SCIENCE IN THE LAW: FORENSIC SCIENCE ISSUES*, St. Paul, West Group, 2002, p. 24. J'ai choisi de traduire *opinion* par *conclusions* (de l'expertise) par analogie à *second opinion* qui signifie *contre-expertise*.

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Schopenhauer m'était venue à l'esprit à la lecture de la décision de justice :

Leur intérêt pour la vérité, qui doit sans doute être généralement l'unique motif les guidant lors de l'affirmation d'une thèse supposée vraie, s'efface complètement devant les intérêts de leur vanité : le vrai doit paraître faux et le faux vrai.¹

Le principe de dignité de la personne humaine a été dégagé par le Conseil constitutionnel français dans sa décision du 27 juillet 1994 concernant les lois dites de bioéthiques. Mais, malgré la proposition de loi constitutionnelle N° 416 déposée à l'Assemblée nationale le 15 novembre 2012², elle n'est toujours pas à ce jour intégrée à la Constitution française.

Par l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* du 27 octobre 1995, le Conseil d'État français a repris ce principe et a de manière surprenante considéré que le respect de la dignité de la personne humaine devait être regardé comme une composante de l'ordre public. Le lancer de nains est depuis interdit sur ces critères. Pour le nain Manuel Wackenheim, qui ne pouvait plus être lancé et perdait ainsi son moyen de subsistance³, la dignité était apparemment considérée comme le fait de pouvoir subvenir à ses besoins en ayant un emploi et ne pas dépendre des aides sociales. Je ne me prononcerai pas sur quelle conception de la dignité doit prévaloir dans le cas d'espèce même si, selon moi, une personne lancée ou une personne sans emploi conservent leur dignité et ne peuvent la perdre de par ces circonstances. Mais il semble que le Conseil d'État français estimait que Manuel Wackenheim perdait sa dignité en étant lancé et que sa conception de la dignité n'était pas « la bonne ». Le tribunal l'a donc privé d'emploi au nom de l'ordre public. La valeur de dignité telle que définie par le Conseil d'État français s'est donc opposée à la conception qu'en avait Manuel Wackenheim et a ainsi imposé le comportement que l'on doit avoir en société dans le cas cité, à

¹ Schopenhauer Arthur, *L'Art d'avoir toujours raison*, Paris, Mille et une nuits, 2000, p. 9

² Proposition de loi constitutionnelle N° 416 tendant à compléter la Constitution française en son Préambule et en son article 1 alinéa 1 en y insérant le respect de la « dignité humaine », déposée à l'Assemblée nationale le 15 novembre 2012

³ Caster, S. (4 décembre 1996). Manuel Wackenheim, «nain volant», petit homme pour qui « c'est comme ça » et ne désarme pas. Interdit de vol. *Libération*. Disponible le 4 août 2014 sur le site liberation.fr

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

savoir de ne pas être lancé si l'on est un adulte de petite taille.

Cette décision illustre par ailleurs le problème inhérent à l'impératif catégorique¹ où c'est l'agent et non le destinataire des conséquences recherchées (ici juridiques) qui projette sa vision subjective de la valeur, au bénéfice ou au détriment du destinataire. La valeur peut avoir ainsi un effet « à double tranchant ». En cela, l'intersubjectivité de l'éthique de la discussion* est une réparation de la philosophie de Kant.

La dignité contribue à l'émergence de faits tangibles. Un médecin légiste français a examiné un jour une femme décédée à son domicile et m'a raconté l'histoire suivante. Cette femme avait été retrouvée par son mari allongée à terre dans la cuisine. Mon collègue devait déterminer si une autopsie devait être pratiquée ou si la mort était naturelle. La défunte souffrait d'une dépendance à l'alcool et ne présentait aucune lésion de violence apparente. Le décès devait être dû à une cirrhose du foie si l'on s'en tenait au critère statistique. Son mari, souffrant probablement de la même dépendance, enjamba le corps de sa femme pour récupérer dans le frigidaire de l'eau fraîche rentrant dans la composition d'une boisson anisée. Visiblement, il voyait le corps de sa femme seulement comme un obstacle l'empêchant d'étancher sa soif.

Alors que mon collègue pensait inutile la réalisation d'une autopsie avant cet enjambement, il a été choqué de l'attitude du mari et a demandé à ce qu'elle soit réalisée. C'est comme si, en s'écartant des valeurs de respect et de dignité dues à la défunte, le mari avait adopté un comportement « socialement déviant » et était devenu par là-même suspect. L'autopsie révéla que l'épouse avait été assassinée. La mort était d'évidence d'origine criminelle et causée par un objet contondant qui avait perforé le vagin puis une artère de gros calibre occasionnant une hémorragie péritonéale massive non extériorisée.

¹ « En d'autres termes, je dois toujours me conduire de telle sorte que ma maxime devienne une loi universelle ». Voir Kant Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Le livre de poche, 2013, p. 69

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

La bienveillance

La bienveillance, nécessaire au cours du colloque singulier, a montré ses limites comme nous l'avons vu dans les paragraphes *l'abandon à l'Amour* et *le suicide accompagné suspect de ne pas l'être*.

Une de ses formes est toutefois utilisée en enquête de police. Il s'agit de la *neutralité bienveillante*¹. Elle consiste en une écoute active non directive évitant de juger, critiquer ou approuver. C'est une valeur qui refuse tout retrait. Elle se distingue en cela de la neutralité axiologique décrite par Raymond Aron. Jean-Claude Abric la décrit ainsi :

*La neutralité bienveillante. Complément indispensable de l'acceptation inconditionnelle, elle n'est pas une neutralité passive fondée sur un refus de s'engager. Elle est bien un engagement sans jugement, mais un engagement positif reposant sur l'intérêt porté à l'autre, sur une « considération positive », un intérêt désintéressé.*²

La bienveillance en médecine légale, c'est écouter ce que l'autre a à dire en se donnant la capacité à envisager que ses dires puissent être possibles.

Une collègue m'a rapporté le cas d'un enfant qu'elle avait examiné avec un spécialiste d'une autre discipline. L'enfant était couvert de pétéchies (petits saignements rouges arrondis de la taille d'une tête d'épingle) sur toute la partie supérieure du corps. Les pétéchies sont des signes qu'une personne peut présenter quand on a essayé de la tuer par étouffement/strangulation. Elles peuvent également être dues à de graves infections - mais l'enfant n'en présentait pas - ou à des pressions importantes à l'intérieur de la poitrine suite par exemple à des pleurs soutenus, des vomissements ou

¹ Concept que Wanda Skowronska évoque comme correspondant dans sa langue originelle à « morally neutral stance ». Je n'attribue pas ce terme à Carl Rogers car selon Skowronska il se serait affranchi de l'attitude de "morally neutral stance", notamment suite à la publication en 1933 du livre de John Dewey intitulé *A COMMON FAITH*. Rogers se serait alors tourné vers l'empathie (empathy) et le regard inconditionnellement positif (unconditional positive regard). Voir Skowronska, W. (2011). THE HIDDEN STORY OF NON-DIRECTIVE COUNSELLING. *Life Lines*. 24 (1), p. 9

² Abric Jean-Claude, *Psychologie de la communication, théories et méthodes*, Paris, Armand Colin, 2013, p. 38

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

des efforts de toux. Le problème est que ces derniers phénomènes n'étaient pas connus pour engendrer des pétéchies aussi profuses.

Comme il n'y avait pas d'explication satisfaisante à cette éruption, la seule restante était la tentative d'étouffement / de strangulation. Voyant que ma collègue était hésitante à poser ce « diagnostic », l'autre médecin employa comme argument le fait que les parents avaient opposé une explication ridicule qui les confortait dans leur statut d'agresseurs : l'enfant se serait amusé à se balancer sur une chaise en appliquant fortement le ventre contre un des barreaux. Ma collègue a alors réalisé que, pour elle, cela constituait la seule hypothèse permettant d'expliquer la répartition des pétéchies tandis que pour son confrère, cela démontrait une preuve irréfutable de culpabilité. Elle s'était donc autorisée à penser que les parents pouvaient être innocents.

Un autre exemple concerne une femme que j'ai examinée dans un commissariat. Elle m'affirmait qu'elle avait des bleus sur le corps suite à une agression mais je ne pouvais les voir et doutais qu'il puisse y en avoir. Comme le bureau où la plaignante était examinée avait une lumière de très mauvaise qualité, j'ai examiné la plaignante dans les toilettes où la lumière était meilleure et j'ai pu alors voir les ecchymoses qu'elle présentait. Je m'étais donc permis de croire la plaignante même si ma perception ne pouvait en premier lieu corroborer ses allégations.

Être bienveillant, c'est donc s'autoriser à changer d'avis sur une première impression négative vis-à-vis de la personne examinée ou de son agresseur présumé, c'est une lutte contre ses propres représentations, ses préjugés et sa vision du monde.

La bienveillance réciproque, un rempart contre les bienveillances orientées qui se glissent dans les procédures et les idéologies

Être bienveillant aussi bien à l'égard du plaignant que du mis en cause est un devoir éthique pour le

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

médecin légiste. Cette bienveillance réciproque procédurale s'oppose à des bienveillances orientées de manière systématique vers un groupe de personnes, bienveillances qui revêtent de multiples aspects. Elles peuvent se glisser dans une procédure ou dans une idéologie promue socialement.

Une bienveillance orientée se glissant dans les procédures

Au niveau procédural, les médecins légistes suédois doivent comparer les coups et blessures qu'ils constatent aux allégations écrites des parties.

À mon arrivée en 2011 à Uppsala, j'ai connu une période où, la plupart du temps, seules les allégations du plaignant parvenaient aux médecins légistes. La raison de ce phénomène pouvait être, selon un policier interrogé, que comme les mis en cause n'avaient toujours les faits qui leur étaient reprochés, il était donc inutile d'envoyer leurs explications au médecin légiste. Il arrivait ainsi que le médecin légiste établissait que les dires du plaignant étaient compatibles avec les blessures relevées sans se prononcer sur les déclarations du mis en cause. Cette absence de bienveillance de la police envers le mis en cause transitait directement dans les conclusions de l'expert et mettait à mal la neutralité de ce dernier.

Il est utile de préciser que, dans certains cas, le médecin légiste recevait de la police les allégations du mis en cause mais n'estimait pas nécessaire de les examiner. Il faut également souligner que le policier n'a parfois pas la possibilité de transmettre le compte-rendu d'audition du mis en cause quand celui-ci n'a pas été identifié, appréhendé, que l'audition n'a pu être réalisée ou qu'elle n'a pas encore été retranscrite. Le médecin légiste ne peut pas non plus examiner les dires de la victime présumée si celle-ci n'a pas été interrogée, par exemple si elle est dans le coma à la suite d'une agression.

Il n'en demeure pas moins qu'il est souhaitable que le médecin légiste signale dans ses

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

conclusions l'absence de compte-rendu d'audition d'une des parties, habitude qu'a initiée le Docteur Håkan Sandler à Uppsala. Le médecin légiste ne doit pas se contenter, comme auparavant, de présenter en première page de manière exhaustive la liste des documents transmis par la police.

Une idéologie favorisant les plaignants était par ailleurs observable en France. Dans toutes les consultations médico-judiciaires de l'Île-de-France en 2008, à une exception près, il y avait une entrée des « mis en cause » (présomption d'innocence oblige, on n'écrivait jamais « entrée des coupables ») et une entrée des victimes (et non une « entrée des plaignants »). Ainsi, dans l'imaginaire du médecin légiste, un plaignant qui venait se faire examiner prenait automatiquement le statut de victime.

Une bienveillance orientée sous les traits d'une idéologie sociale revendiquée

De manière paradoxale, certains experts affirment être objectifs mais mettent en avant de manière quasi-militante l'utilisation dans leur pratique d'une idéologie socialement tolérée, voire reconnue.

Certains médecins légistes en Suède se réclament de la sécurité juridique (dans l'acception « mieux vaut un coupable en liberté qu'un innocent en prison » ou « le doute profite à l'accusé »). Cela a pour conséquence une tendance à rendre certains faits non exploitables : une lésion peut avoir toujours plusieurs origines, rien n'est donc pathognomonique et de nombreux scénarios contradictoires sont compatibles avec les blessures constatées. Cette attitude du médecin légiste est ce qu'Anne Tursz considère comme « laisser le choix de toutes les interprétations » rendant « la justice [...] bien impuissante »¹.

¹ La citation complète est : « La justice est bien impuissante quand les experts, qu'ils soient psychiatres ou

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Certains pédiatres en Suède se réclament de la perspective de l'enfant lorsqu'ils écrivent des expertises pour le tribunal. Cette perspective correspond de manière classique à rester attentif et à privilégier les intérêts de l'enfant. D'autres pédiatres ont une vision plus radicale voire mortifère de cette perspective : ils déduisent de la faiblesse de l'enfant que ce dernier ne peut être qu'une victime avérée. Cette perspective aidera l'enfant s'il est une victime mais lui sera dommageable s'il n'a pas été agressé.

Les idéologies que pédiatres et médecins légistes mettent en avant (protéger les enfants et les innocents) sont consensuellement acceptées par la société. Toutefois l'opinion publique a parfois du mal à considérer qu'un individu accusé d'un crime sexuel envers un enfant puisse être innocent. C'est ce que nous renvoie le suicide de l'instituteur français accusé de viol d'un enfant qui, dans sa lettre d'adieu, clame son innocence mais préfère se tuer car il sait que sa place dans la société est à jamais compromise.¹

De par leurs idéologies rentrant en conflit, il n'est pas rare que pédiatres et médecins légistes se disputent, sous l'œil médusé du procureur, pour examiner un enfant soupçonné d'avoir été maltraité. Celui qui examinera l'enfant pourra trier les faits sous son filtre de valeurs et promouvoir son idéologie auprès du juge, son expertise transitant parfois directement dans la décision de justice.

Cet exemple est d'autant plus surprenant que les médecins, en contact avec l'enfant dans le cadre d'une procédure judiciaire, devraient au contraire, dans l'optique d'une neutralité en retrait, se targuer d'une absence de perspective.

Les deux bienveillances unilatérales qui sont évoquées ne sont pas les seules : bienveillance des associations de victimes envers les plaignants, bienveillance de l'avocat envers son client, bienveillance du médecin soignant envers son patient... C'est d'ailleurs à cause de cette dernière

médecins légistes, laissent le choix de toutes les interprétations ». Voir Anne Tursz, *Les oubliés, enfants maltraités en France et par la France*, Paris, Seuil, 2010, p. 97

¹ L'instituteur a « bénéficié » d'un non-lieu six mois après son suicide. Voir Juillet, A.-C. (3 novembre 2007). L'instituteur accusé de pédophilie s'était suicidé. *Le parisien*. Disponible le 4 août 2014 sur le site leparisien.fr

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

bienveillance que le médecin traitant ne peut expertiser son patient en France (cela est possible en Suède). Cette bienveillance inhérente à la relation médecin-malade introduit une partialité jugée insurmontable.

Le problème n'est pas pour l'expert d'avoir des convictions. Le médecin légiste a le droit d'estimer qu'en cas de doute, le juge ne devrait pas prendre le risque de condamner un innocent. On lui demande simplement de ne pas s'ériger en juge. Il est tout à l'honneur du pédiatre de vouloir défendre les intérêts de l'enfant. Mais défendre les intérêts de l'enfant pourrait également signifier rechercher la vérité : les parents de l'enfant sont-ils des bourreaux ou sont-ils innocents ? Est-il néfaste ou au contraire impérieux de placer l'enfant en famille d'accueil pour garantir son intégrité physique, psychique et affective ?

Le problème est que les experts, ici les médecins légistes et les pédiatres, ont tendance à draper leur idéologie sous le voile vertueux de l'humanisme, de la recherche de la justice et de l'impartialité scientifique. Une bienveillance orientée va par exemple rechercher les faits utiles pour innocenter le mis en cause ou pour confirmer la maltraitance, le crime de viol.

Le juge, les idéologies sociales et le sexe du médecin légiste

Comme l'a écrit Ivainer, « toute 'hypothèse légale' recèle un choix de valeurs ».¹ Pour Ivainer, la valeur est un « outil opératoire entre les mains d'un juge, en quête d'un système d'évaluation de séquences de vécus, ponctuels et historiques. »² Elle est donc utile au jugement et le magistrat définit le système de valeurs qui lui semble le plus adapté pour remplir sa mission. Que le juge dans ses décisions favorise certains groupes plutôt que d'autres peut dans certains cas être considéré comme faisant partie de son devoir, par exemple quand il adopte, en droit civil suédois, la

¹ Ivainer Théodore, *L'interprétation des faits en droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 50

² Ivainer Théodore, *L'interprétation des faits en droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 241

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

perspective de l'enfant pour voir ce qui est le meilleur pour ce dernier dans le cadre d'une garde d'enfant.¹

Le juge est par ailleurs soumis à des idéologies sociales auxquelles il résiste mais dont il lui est difficile de se détacher totalement. C'est ce que rappelle Heike Jung :

Selon une formule du criminologue norvégien Mathiesen, les juges sont des anxiety barometers, c'est-à-dire qu'ils sont susceptibles de réagir aux sentiments du public. Certes, les juges ne vont normalement pas y succomber. Mais même un juge ne peut pas se dissocier du climat prévalant. Or le public ne s'intéresse pas à tous les procès. Même dans l'ère de la procéduralisation de tout conflit, c'est avant tout le domaine du pénal qui agite les masses. Le procès pénal a toujours joué un rôle important dans les faits divers. [...] L'expérience historique montre que, dans les cas de la petite délinquance, le public en général peut même réagir de manière plus tolérante que la justice, tandis que dans le domaine de la grande criminalité, les atteintes à la vie et aux mœurs, le public est enclin à faire valoir tous ses préjugés et à demander un procès court. La culture de la présomption d'innocence n'est toujours pas bien enracinée dans nos sociétés. Le procès d'Outreau a montré l'interaction entre les préjugés du public et la justice même. Certes, la socialisation du juge vise l'idéal du règlement rationnel d'un conflit. Mais parfois les émotions envahissent même le prétoire.²

Une idéologie sociale qui a cours en Suède mais que je n'avais pas connue en France concerne le choix du sexe du médecin légiste pour réaliser un examen corporel*.

Lorsque je travaillais en France, j'examinais les petites filles suspectées d'avoir été violées pour voir si leur hymen était intact. Je n'avais jamais rencontré le moindre problème. Le tout était de jouer avec la fillette le temps nécessaire pour la mettre en confiance. Le docteur Élizabeth Mary avait mis au point un jeu très simple : la fillette se servait du microscope avec lequel on allait

¹ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 78

² Jung, H. (2010). Formes et modèles du procès pénal : Sauvegardes contre la manipulation ?. Dans Alain Berthoz, Carlo Ossola et Brian Stock (Dir.), *La pluralité interprétative, fondements historiques et cognitifs de la notion de point de vue*. Paris : Collège de France, p. 5

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

documenter l'examen corporel* pour faire un très grand agrandissement du détail d'un de ses vêtements ou de sa peluche. Si la fillette était trop petite, on le faisait pour elle. Cette dernière, pendant la plus grande partie de l'examen, pensait à la surprise qu'elle allait faire à sa mère, en se demandant si celle-ci allait voir de quoi la photographie était un agrandissement. Comme on disait dans le service où je travaillais, « les médecins sont comme les anges, ils n'ont pas de sexe ». Si un homme avait commis un crime envers cette fillette, un autre pouvait jouer avec elle et l'examiner.

En Suède, à quelques exceptions près, les choses ne se déroulent pas de la même façon, au moins sur le secteur où je travaille. Les médecins sont sexués et si, en tant qu'homme porteur d'un pénis, j'examine une petite fille, je peux réactiver son traumatisme. Tous les hommes sont donc à bannir car potentiellement dangereux. Si un homme a violé, un autre ne peut pas aider à faire justice à cette fillette.

Cela en dit long sur les représentations sociales mais cela s'accorde au fait que la violence intraconjugale des femmes contre les hommes est en Suède un sujet tabou. La représentation que l'homme est naturellement l'agresseur dans un couple fait qu'il n'est pas rare de retrouver un homme visiblement battu emprisonné de manière préventive.

L'idéologie sociale conduit donc le magistrat à opérer un tri de l'expert en fonction de son sexe pour le bien de l'enfant. Mais dans ce cas il ne s'agit que de l'interprétation de la police et du magistrat de ce que peut être le bien de l'enfant.

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

b. Sortir du dilemme : principe de bienveillance multilatérale et éthique de la discussion**

L'approche anaxiologique s'avère être une approche axiologique implicite et partisane. L'Autre apparaît comme un obstacle à la perspective et aux droits légitimes du tiers. Les bienveillances unilatérales se cachent derrière des procédures et des méthodes qui elles-mêmes proviennent d'une idéologie parfois masquée, parfois revendiquée. Cette approche est inefficace, partielle et entraîne une émergence tronquée des faits utiles au magistrat.

Comme les bienveillances orientées peuvent gêner la démarche de l'expert en l'empêchant de sélectionner les faits pertinents permettant de remplir sa mission, je propose de leur substituer le *principe de bienveillance multilatérale**. Ce principe permet au médecin légiste d'épouser tous les points de vue des acteurs en présence au cours du procès pénal pour examiner les faits tangibles susceptibles d'être utiles à chacune des parties mais également tous les faits intéressant les autres intervenants en présence, en premier lieu aux magistrats. C'est un gage de neutralité qui permet de manière efficace l'émergence des faits utiles au juge par intersubjectivité. Ce principe est une éthique de la vigilance, une résistance au poids des idéologies et des bienveillances orientées vers une seule des parties en présence.

Dans un second temps, les faits mis à jour par le médecin légiste seront discutés de manière concrète sous l'égide de l'éthique de la discussion telle que décrite par Habermas au cours du procès pénal allemand*.

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

Rédaction de l'expertise sous l'égide d'une discussion virtuelle avec les parties : le principe de bienveillance multilatérale*

L'expert judiciaire est souvent tenté de faire appel à ses propres valeurs pour déterminer les faits utiles au magistrat. Puisqu'il n'existe pas d'indifférence aux valeurs, il pourrait être utile que le médecin légiste effectue un glissement de sa subjectivité à une intersubjectivité. Les faits seraient triés en fonction des points de vue de chacune des parties intervenant dans la procédure : faits qui pourraient être utiles et/ou mis en avant par le plaignant, le mis en cause, les avocats, la police, le(s) juge(s), le procureur instruisant à charge et à décharge, l'enfant (au regard de sa capacité à s'exprimer), les services sociaux...

Il s'agirait dans un premier temps d'une discussion virtuelle du médecin légiste avec tous ceux susceptibles d'intervenir au cours de la procédure pénale. L'expert, pour rédiger son rapport, leur poserait alors virtuellement les questions : « Quels arguments pourriez-vous m'opposer pour dénoncer le caractère non tangible des faits que j'ai mis à jour ? En avez-vous d'autres à proposer ? » Cette discussion virtuelle constituerait un premier filtre de la factualité et viserait à rejeter les faits qui pourraient être considérés, grâce à des arguments valables, comme non tangibles par une des parties.

Mais le médecin légiste ne doit pas se contenter de répondre à ces questions. Il a acquis une légitimité à intervenir par ses connaissances et son expérience. Il doit donc les utiliser pour essayer de conforter le point de vue de la partie examinée, mais, plus difficile, il doit tenter d'examiner les connaissances et l'expérience qu'il ne possède pas. J'en prendrai deux exemples, un concernant les circonstances et un concernant l'expérience.

Tout le monde sait qu'une fracture fait mal. Mais quand une mère prétend que son enfant de deux ans, qui présente une fracture métaphysaire du radius datée de plus de dix jours, ne s'en est

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

jamais plaint, que dans le cas contraire elle l'aurait emmené de suite aux urgences, est-ce possible ? Peut-elle dire vrai ? Le médecin qui cherchera la réponse dans la littérature découvrira alors que la mère peut dire la vérité.¹ Un homme prétend qu'il n'a pas violé un enfant qui présente un anus tuméfié et rouge. Peut-il être innocent ? Tous les diagnostics différentiels ont-ils été épuisés ou le diagnostic de viol a-t-il été retenu sans que l'on utilise des examens complémentaires comme une rectoscopie pour éliminer une maladie sous-jacente ?²

À cette phase essentiellement virtuelle, le médecin légiste peut aussi être en lien avec la police si les comptes-rendus d'audition ou les faits recueillis soulèvent des questions ou demandent que les circonstances soient précisées. Par exemple les policiers ont l'habitude de chercher dans une habitation les médicaments qu'une personne décédée a pu prendre. Peu pensent à chercher les doses d'insuline car celles-ci ne sont jamais dans l'armoire à pharmacie ou sur la table de nuit : elles sont stockées au réfrigérateur. Des aiguilles sont parfois trouvées mais la signification de leur présence peut ne pas apparaître claire et elles peuvent ne pas être évoquées dans le rapport de police. Le médecin doit donc être en lien avec la police pour faire surgir des circonstances qui elles-mêmes lui permettraient de faire surgir des faits tangibles supplémentaires lui permettant d'établir ses conclusions.

Cette bienveillance multilatérale pourrait également concerner la police et les magistrats. On citera à ce propos à Roberth Nordh, pour qui l'impartialité consiste à rechercher des éléments qui permettent une meilleure décision de justice, et ce indépendamment de la partie à laquelle peuvent profiter ces nouveaux éléments :

SE Det hävdas ibland att en domare som aktivt utövar sin frågerätt riskerar att framstå som opartisk [sic]. För egen del

¹ Carty, H.M.L. (1993). FRACTURES CAUSED BY CHILD ABUSE. *The journal of bone and joint surgery*, 75 (6), p. 853

² Cet exemple est développé dans Michard, J.-F., Ybo, A. (29 avril 2013). Att skydda barnets intressen är inte att tro att man kan gissa vad som rör sig i barnets huvud. *Dagens juridik*. Disponible le 31 janvier 2014 sur le site dagensjuridik.se

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

ser jag [Roberth Nordh] opartiskhet på så sätt att domaren ska vara beredd att agera på samma sätt oberoende av vem av parterna som kan ha fördel av rättens handlande. [...] Sammanfattningsvis anser jag att en domare inte bör av avhålla sig från att ställa frågor som kan leda till ett bättre beslutsunderlag [...], oberoende av om svaret på en fråga kan verka till förmån för den ena eller den andra parten.

FR *On prétend parfois que le juge qui exerce activement son droit de demander des informations risque d'être considéré comme impartial [sic]. Pour ma part, je [Roberth Nordh] conçois l'impartialité de sorte que le juge doit être prêt à agir de la même manière indépendamment de la partie qui peut tirer avantage de l'agissement du tribunal. [...] En substance, j'estime que le juge ne devrait pas s'empêcher de poser des questions qui peuvent conduire à une décision [de justice] mieux renseignée [...], indépendamment du fait que la réponse à une question puisse sembler en faveur de l'une ou l'autre des parties.¹*

Une discussion qui devient dans un second temps pleinement concrète :
l'éthique de la discussion*

Selon Heinz Wismann – qui s'exprime ici sur la relation politique-expert – c'est à Habermas que l'on doit l'introduction de l'éthique de la discussion* dans le champ de l'expertise :

L'obligation morale faite aux décideurs de répondre des conséquences, même indirectes, de leur choix d'action impose désormais le recours à l'expertise scientifique. Or l'approfondissement de la notion de responsabilité par Jürgen Habermas, qui subordonne la maîtrise « technique » des conséquences de l'action à la légitimation « civique » de ses prémisses, place l'intervention de l'expert dans l'horizon de l'éthique de la discussion.²*

Lorsque le médecin légiste rend ses conclusions par écrit à la police et/ou au procureur, celles-ci

¹ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 79

² Wismann, H. (2000). Connaissance et responsabilité : pour une éthique de l'expertise scientifique. *Académie d'agriculture de France*, 086 (005), p. 29

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

sont transmises aux parties dans un délai plus ou moins long en fonction des nécessités de l'enquête. La discussion avec l'expert sur l'émergence des faits tangibles, et leur interprétation au niveau technique qui en est le corollaire, peut alors débiter.

On peut se demander quelle place peut avoir cette discussion « concrète » dans la procédure pénale. Philippe Coppens doute de « la réactualisation habermasienne du proverbe wolof selon lequel ' il n'y a pas deux personnes qui ne s'entendent pas ; il y a seulement deux personnes qui n'ont pas assez discuté ' ». ¹ Je suis d'accord avec Coppens que les différentes parties ont des intérêts qui sont le plus souvent inconciliables. Le coupable ne va pas coopérer à la recherche de la vérité, c'est-à-dire à la recherche de sa culpabilité au cours du procès. Il va la plupart du temps tout faire pour que sa peine soit atténuée, voire viser l'acquittement.

Ce caractère inconciliable semble reconnu par Habermas qui n'a pas la prétention d'étendre l'éthique de la discussion* à la totalité de la procédure pénale. Selon lui, il n'y a pas au cours de la procédure pénale une véritable discussion dans le sens d'une recherche coopérative de la vérité mais tous les faits pertinents pour le jugement doivent être évoqués :

Dans la procédure pénale [allemande] [...] les rôles dans lesquels on participe à la procédure sont définis de telle manière que l'administration des preuves n'est pas structurée couramment par la discussion, dans le sens d'une recherche coopérative de la vérité. Mais, à l'instar de ce qui se passe dans le procès avec jury à la manière anglo-saxonne, les latitudes stratégiques d'action sont aussi organisées de telle manière que, si possible, tous les faits pertinents pour la constitution de l'état de choses soient évoqués. C'est là ce que le tribunal prendra pour base dans l'appréciation des preuves et dans la décision judiciaire qui lui sont réservées. ²

Habermas, si besoin en était, précise que le juge prend seul la décision, exclue du cadre de la discussion mais qui, selon le droit pénal Allemand, sera prise par intime conviction « nourrie à la

¹ Coppens Philippe, *Normes et fonction de juger*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 1998, p. 112

² Habermas Jürgen, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 258

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

substance des débats »¹, donc à partir de la discussion qui se sera établie au cours du procès. La discussion se préoccupe avant tout de faire surgir des faits tangibles utiles, non de les interpréter par intime conviction ni même d'élaborer l'acte de jugement, prérogatives réservées au juge.

Cette discussion apparaît toutefois déséquilibrée. La police et le procureur ont avancé dans leur enquête entre le moment où ils commandent l'expertise et le moment où ils la reçoivent. Ils ont donc souvent été mis au courant de nouvelles circonstances non connues du médecin, autrement dit, ils disposent d'une robustesse* supérieure à celle de ce dernier.

La police et le procureur examinant le rapport de l'expert vont d'abord voir s'il a rempli sa mission. S'il l'a remplie, l'étape suivante est de voir si le rapport présente une/plusieurs contradiction(s) interne(s). Si c'est le cas, les policiers et le procureur vont demander des précisions à l'expert. Ils ne sont pas alors dans une démarche de l'influencer. Ils demandent simplement à disposer d'une expertise cohérente et exploitable. Cette étape de la discussion ne pourra être pleinement efficace que si le médecin légiste permet son bon déroulement, avant tout en dévoilant le raisonnement qu'il a employé. En montrant qu'il a conclu au surdosage mortel en morphine en présumant de l'absence de consommation régulière préalable (le phénomène de tolérance rendant difficile l'établissement d'une concentration mortelle certaine), le médecin légiste accepte que la cause de la mort établie soit mise en doute si l'enquête montre que le décédé était morphinomane. Voir son expertise démontée est le risque que court le médecin légiste en acceptant la mise en variation des faits qu'il a mis à jour avec des circonstances qui n'étaient pas parvenues initialement à sa connaissance. Comme évoqué auparavant, c'est également une obligation inscrite à l'article 8 du chapitre 10 du *règlement 2005/29 organisant l'émission de certificats au niveau de la filière des soins* émis par la Direction nationale suédoise de la santé et des affaires médicales :

¹ Habermas Jürgen, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 260

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

SE Ett intyg skall innehålla noggranna uppgifter om de undersökningar, upplysningar, journalhandlingar och andra handlingar som ligger till grund för bedömningen. Symtom och iakttagelser som framkommit vid en personlig undersökning skall redovisas. Det skall anges vilka av dessa och i vilket eller vilka avseenden som de ligger till grund för bedömningen.

FR Un certificat doit contenir des données précises concernant les examens corporels [réalisés], des explications, des extraits du dossier médical et d'autres données qui sont à la base de l'évaluation. Symptômes et observations qui ont été recueillies au cours d'un examen personnel doivent être rapportés. Il doit être indiqué lesquelles [de ces données] et à quel(s) égard(s) elles sont à la base de l'évaluation.¹

Les avocats de la défense et ceux du plaignant peuvent refuser la discussion et même l'expertise. Ils peuvent estimer que l'expertise est partisane et/ou de mauvaise qualité. Ils demandent alors une contre-expertise à la police, au procureur voire au juge lors du procès en fonction de l'étape de la procédure où l'expertise est parvenue à leur connaissance ou en fonction du moment où ils ont pu saisir pleinement les conséquences qu'elle impliquait.

À partir d'éléments nouveaux, voire des points de vue concrets des différentes parties, le médecin légiste va réexaminer la tangibilité des faits mis à jour. Cantonné à l'examen technique des faits, il n'évalue pas la crédibilité des témoignages. S'il le faisait, il y aurait un risque de normativité de son action et du déplacement du pouvoir juridique du juge vers l'expert. Il peut toutefois répondre à la question suivante d'un point de vue technique : « Les faits sont-ils compatibles ou non avec les allégations/spécifiques ou non des allégations des parties et des circonstances mises en évidence par l'enquête ? »

Cette discussion concrète survient toutefois rarement avant le procès lui-même. Les différents intervenants sont parfois mal à l'aise à l'idée de contester l'expertise et donc l'expert. De

¹ SOSFS (2005:29) (10,8) - Socialstyrelsens föreskrifter om utfärdande av intyg inom hälso- och sjukvården m.m. (senast ändrad: t.o.m. SOSFS 2013:4)

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

plus, si elle est défavorable à l'une des parties, l'avocat de celle-ci préférera déstabiliser l'expert et ses conclusions le jour de son audition plutôt que de le laisser trouver une explication *ad hoc* ou de corriger une erreur mineure. On est effectivement alors, dans ce cadre, bien loin de la recherche coopérative de la vérité.

Les avocats des parties posent parfois des questions à l'expert pour préparer leur défense, voir à quoi s'attendre de la part de l'expert en obtenant des clarifications ou pour obtenir des connaissances/une expérience de l'expert qui peu(ven)t être favorable(s) à leur client. Ces connaissances peuvent être d'emblée accessibles à l'expert mais parfois il peut être amené à effectuer des recherches complémentaires pour les découvrir. Le médecin légiste doit accueillir avec bienveillance tout ce questionnement et ne pas seulement juger que l'avocat cherche à discréditer le travail qu'il a réalisé. Renoncer à vouloir avoir raison à tout prix et en toutes circonstances est pour tout médecin légiste un défi permanent.

Lors du procès, la discussion tentera, par intersubjectivité et par défense tour à tour de tous les points de vue, de mettre à jour tous les faits utiles au juge.

Lors de son audition, dans le cas où il est entendu, le médecin légiste s'apercevra parfois que les débats auront révélé de nouvelles circonstances et en auront invalidé d'autres, que certains éléments de preuve auront pris un plus grand poids que d'autres. Le médecin légiste ne peut pas prendre part aux débats avant son intervention pour ne pas être influencé par ces derniers mais il peut parfois déterminer ce qui est en question du fait du glissement du questionnement entre les questions initiales de la police et celles du procès.

Les parties sont en droit de demander de nouveaux éléments au médecin légiste, au vu de nouvelles circonstances ou parce qu'elles mettent en doute son raisonnement ou pour préciser ses réponses écrites initiales. L'expert gardera en mémoire les différences ontologiques et

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

épistémologiques entre droit et science¹, entre droit et médecine légale : ces différences catégorielles et structurelles font que la médecine légale n'a pas toutes les réponses que le juge et les parties se posent. Il devra accepter cet état de fait et reconnaître quand il sera en incapacité de répondre de manière légitime aux questions posées, c'est-à-dire sans utiliser son intime conviction, réservée au juge.

Les valeurs en tant qu'instruments de correction, le principe de bienveillance multilatérale* en tant qu'une éthique de la vigilance

En conclusion, on retiendra que l'absence de prise en compte de la valeur rend aveugle et conduit à un rétrécissement de la factualité. De nombreuses valeurs interviennent ainsi dans l'expertise et permettent de faire surgir de nouveaux faits. Le propre de la valeur est d'être universelle et de s'appliquer à tous. Elle doit être donc systématiquement dirigée vers tous les acteurs en présence de manière méthodologique. Dans l'exemple dit du *chauffeur qui avait trop bu* évoqué ci-dessus, le médecin urgentiste aurait dû avoir pitié non seulement du chauffeur mais également de sa fille et de la société. Il aurait peut-être pris une autre décision.

La difficulté de la prise en charge des valeurs unilatérales est que certaines sont sociologiquement, professionnellement et idéologiquement ancrées. D'autres sont inconscientes. Plutôt que de nier l'interaction des valeurs et prétendre que l'expert ne voit les faits que sous le prisme d'une *science pure* infaillible, j'incite à rendre les valeurs mises en œuvre apparentes, à les découvrir et à les diriger entre tous les Autres de la procédure.

Le médecin légiste doit se garder d'adopter une bienveillance unilatérale dirigée vers une

¹ Wahlberg Lena, *LEGAL QUESTIONS AND SCIENTIFIC ANSWERS : ONTOLOGICAL DIFFERENCES AND EPISTEMIC GAPS IN THE ASSESSMENT OF CAUSAL RELATIONS*, Lund, Lund Universitet Förlag, 2010, p. 135 et 150

Partie 2 : Le médecin légiste, entre faits et valeurs

seule des parties, par exemple uniquement vers l'enfant suspecté d'avoir subi des violences sexuelles ou vers le mis en cause. Il doit bien au contraire reconnaître l'Autre, son humanité et sa dignité en toute occasion, et témoigner ainsi d'une bienveillance multilatérale, c'est-à-dire envers toutes les parties. Et ce même si cette bienveillance remet en cause son évaluation initiale et les idéologies sociales qu'il défend. C'est la conjonction de toutes ces bienveillances qui garantit la neutralité, ou du moins une tentative d'être neutre. Il est en effet difficile de mettre en œuvre des connaissances et des techniques que l'on n'a pas pour défendre un point de vue et l'être humain a des capacités limitées pour se mettre complètement à la place de l'Autre, de tous les Autres.

En rupture avec le piège de l'absence supposée de valeurs et en faisant ainsi surgir de nouveaux faits qui seraient restés inconnus sans elle, la bienveillance multilatérale a pour ambition d'atteindre un résultat meilleur dans l'objectivité, la bienveillance et la neutralité. La prise en compte de plusieurs points de vue est une résistance au poids des idéologies, c'est une action de correction, de rattrapage et de vigilance. Elle est enfin une condition pour aboutir à un résultat de justice.

Le principe de bienveillance multilatérale* cède le pas au cours du procès à l'éthique de la discussion* telle que décrite par Habermas dans la procédure pénale allemande s'agissant de l'émergence des faits tangibles.

Après avoir discuté de comment les valeurs contribuent à trier les faits, il me reste à présent à considérer ce qui se passe au niveau du raisonnement lui-même. Quels sont les outils que le médecin légiste emploie pour arriver à ses conclusions ? Comment ces outils déterminent-ils le type du modèle sociologique de l'expertise médico-judiciaire ? Et enfin, comment ce modèle transparait-il en fonction de l'échelle de langage* employée ? Les réponses à ces questions m'aideront à examiner en conclusion si le comportement du médecin légiste en Suède est compatible avec le droit au procès équitable.

PARTIE 3 : LES CONCLUSIONS DU MEDECIN LEGISTE ET LE DEPLACEMENT DU POSSIBLE AU PROBABLE

Une question essentielle pour savoir sous quelles conditions le médecin légiste respecte le droit au procès équitable est d'examiner quels outils il utilise/choisit d'utiliser pour établir ses conclusions. Je vais dans un premier temps examiner ces outils tour à tour avant de voir dans quels modèles sociologiques de l'expertise médico-judiciaire ils peuvent s'intégrer. C'est en effet dans le choix de certains outils que se niche le déplacement du pouvoir normatif qui s'opèrera et s'exprimera dans les échelles de langage*.

A. OUTILS UTILISES PAR LE MEDECIN LEGISTE POUR ARRIVER A SES CONCLUSIONS

1. OUTILS IMPLICITES

Une idée reçue consiste à se représenter que le médecin légiste n'utilise que de la « science pure » (rent vetenskapligt) pour établir ses conclusions. C'est même l'expression qu'utilise la Direction nationale de la médecine légale de Suède quand elle décrit en 2006 la façon dont le médecin légiste fait son évaluation.¹ Il y a dans cette dimension de « science pure » l'idée d'une part que les conclusions relèvent d'un domaine réservé au savant (de ses *experienes speciæles*, en suédois *speciella erfarenhetssatser*) et d'autre part qu'elles ne peuvent pas être sujettes à discussion car établies purement par la Science. La Science, un domaine à l'instar des mathématiques où semble prédominer, selon l'opinion populaire, les certitudes, contrairement à des domaines comme l'éthique et le droit où tout semble relatif et sans fondement définitivement bien établi. Cette expression

¹ Rättsmedicinalverket. (mai 2006). *Rättsmedicinalverkets interna föreskrifter och riktlinjer Nr 2006-05, Rättsläkarens roll i rättsprocessen*. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

« science pure » laissera toutefois place à partir du 1^{er} avril 2014 à une autre plus nuancée, à savoir l'utilisation de « connaissances actuelles et d'une expérience éprouvée » (tidsaktuell vetenskap och beprövad erfarenhet).¹

D'autres outils que la « science pure » existent. Je les considère comme *implicites* car le médecin légiste ne me semble pas s'en réclamer. Je classerai ces outils en reprenant les deux concepts de rationalité précédemment présentés : rationnel en tant qu'utilisation d'arguments apparents et raisonnables et rationnel en tant que logique par interrelation systématique (c'est-à-dire par implication stricte). On retrouve cette délimitation dans une classification de Georges Kalinowski :

*Les raisonnements scientifiques utiles se subdivisent en raisonnement à condition certaine et en raisonnement à condition incertaine (probable). Les raisonnements qui donnent normalement des conclusions vraies et certaines (si leurs prémisses sont vraies et si aucune erreur n'a été commise) sont : le raisonnement déductif, l'induction complète et l'induction mathématique. Sont des raisonnements à conclusion en principe uniquement probable: le raisonnement réductif, le raisonnement par analogie, l'induction incomplète (amplifiante), et le raisonnement statistique.*²

Il est douteux que des conclusions puissent être « vraies et certaines » en médecine légale.

Le raisonnement déductif nécessite des prémisses vraies. En médecine légale, des faits notoires ou du moins tangibles sont nécessaires mais non suffisants pour obtenir des conclusions qui, bien que tangibles, ne peuvent pas pour autant prétendre à la vérité. C'est un des effets de la façon dont la valeur Vérité est considérée en droit pénal suédois, conséquence de l'héritage de Hägerström. Les conclusions ne peuvent donc pas être certaines.

L'induction, quant à elle, ne peut pas être complète en médecine légale. Elle n'est valable

¹ Rättsmedicinalverket. (1^{er} avril 2014). Ledningssystem för RMV, Interna föreskrifter och riktlinjer, *Rättsmedicinalverkets riktlinjer för expertrollen i rättsprocessen*. Utgåva nr : 1, Dokument : IFR3 04, citation du document avec l'aimable autorisation de Ingela Dahlin

² Kalinowski Georges, *Introduction à la logique juridique*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 143

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

que tant qu'elle n'est pas renversée. Ainsi il suffit d'un seul article décrivant au moins un cas pour faire tomber la règle. L'induction *plaie au cœur → mort rapide* est invalidée par un article qui décrit comment un homme a survécu deux heures après un coup de poignard ayant entraîné une plaie du péricarde, une perforation de l'oreillette droite et une collection de 1,5 litre de sang au niveau pleural gauche.¹ Cette description n'est pas isolée dans la littérature.²

Le raisonnement mathématique ne fait pas, à ma connaissance, partie du champ de la médecine légale.

Nous verrons plus loin que des conclusions irrésistibles sont possibles mais qu'elles s'imposent alors à tous sans être le fruit du raisonnement de l'expert. Il s'agit de ce que Habermas appelle *la logique objective des choses** (en allemand Logik der Sachen) et dont il conteste de manière implicite l'existence dans le modèle technocratique de l'expertise dans la relation politique-expert.

Je vais aborder les raisonnements à conclusion uniquement probable cités par Georges Kalinowski : le raisonnement réductif, le raisonnement par analogie, l'induction incomplète (amplifiante) et le raisonnement statistique. Mais avant cela, je souhaiterais évoquer l'intuition - que l'on rapprochera du raisonnement décrit plus haut sous le terme *ex nihilo** - puis je détaillerai ma conception de ce qu'est le sens commun.

¹ Sauvageau, A., Trépanier, J.-B. & Racette, S. (2006). DELAYED DEATHS AFTER VASCULAR TRAUMATISM: TWO CASES. *Journal of clinical forensic medicine*, 13, p. 344-345

² Voir le cas n°5 dans Karger, B., Niemeyer, J., & Brinkmann, B. (1999). PHYSICAL ACTIVITY FOLLOWING FATAL INJURY FROM SHARP POINTED WEAPONS. *Int J Legal Med*, 112, p. 189

*L'intuition et le raisonnement ex nihilo**

L'intuition est définie en ces termes dans le petit Larousse illustré 2013 : « 1. Perception immédiate de la vérité sans l'aide du raisonnement. 2. Faculté de prévoir, de deviner ; prémonition : Avoir l'intuition d'un désastre. »¹

L'intuition est un élément heuristique. Elle anticipe, elle est libre, elle guide une recherche. Elle joue selon moi un rôle important lorsqu'il faut poser l'indication de l'autopsie à l'issue d'une levée de corps médico-légale*. C'est l'impression diffuse que *quelque chose n'est pas comme cela devrait être* mais qu'on ne sait pas quoi, le sentiment d'avoir manqué un élément important. L'intuition est alors un moteur pour augmenter la robustesse*² de l'enquête. La factuelité « examen *externe* du corps » ne permet pas dans ce cas d'être satisfait avec le diagnostic de mort naturelle probable, elle doit alors être complétée par la factuelité « examen *interne* du corps ».

L'intuition est utile dans la recherche des faits en comportant une dimension de créativité. Pour autant elle n'a pas sa place quand il s'agit de tirer des conclusions *ex nihilo**, c'est-à-dire ne se basant sur aucun fait identifié. Dès que l'intuition se base sur des faits, on se retrouve alors dans d'autres cas de figure comme le raisonnement réductif ou l'intime conviction. Un exemple d'intuition est de faire une levée de corps médico-légale* d'un homme âgé et d'estimer que le défunt est décédé d'embolie pulmonaire massive. On ne peut même pas parler de critère statistique puisque ce critère serait en faveur d'un infarctus du myocarde. La personnalité de l'expert à elle seule lui permet de tirer des conclusions sans avoir besoin de rassembler des faits au préalable. Le plus surprenant est que ce genre de diagnostic n'est pas souvent mis en cause. On pourrait également appeler ce phénomène « le mythe de la boule de cristal* ». L'intuition se rapproche dans ce cas de

¹ Dictionnaire *Petit Larousse illustré 2013*, Paris, Larousse, 2012, p. 591

² SE *Med robusthet menas utredningens fullständighet*. FR Par le terme « robustesse » on entend l'exhaustivité de l'enquête. Voir Nordh Roberth, *Praktiskt process VIII Bevisrätt C – Bevisvärdering*, Uppsala, Iustus, 2013, p. 17
Je définis pour ma part la robustesse comme le volume de circonstances connues et utiles qui est nécessaire pour parvenir à une conclusion renseignée.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

l'opinion définie ainsi par Dewey :

EN *Opinion in common speech often means a belief entertained without examination, being generated by custom, tradition or desire.*

FR *L'opinion en langage courant signifie souvent une croyance apparue sans examen, générée par l'habitude, la tradition ou le désir.*¹

Le diagnostic de viol est parfois effectué sans aucun fait tangible. Si on peut comprendre qu'une condamnation pour viol puisse être prononcée en droit pénal suédois seulement sur la base d'un témoignage soumis à des critères très stricts², il n'est pas acceptable qu'un expert entérine un diagnostic de « viol par témoignage » (abuse by history). L'expert se livre alors à une évaluation sans aucune base factuelle et rompt avec le principe de subsidiarité selon lequel l'expert est censé apporter une information supplémentaire à la Cour. Cette manière de procéder survient de manière non exceptionnelle. On pensera à la condamnation pour viol d'un homme où, selon Thérèse Juel, « ce que le praticien hospitalier avait pour base pour étayer le diagnostic [du viol et de la tentative de suicide de la plaignante s'ensuivant] n'avait pas été présenté » (Vad överläkaren hade för stöd för den uppgiften presenterades däremot inte).³

Moritz recommande avec sagesse au médecin légiste de ne pas faire l'erreur de « substituer l'intuition à une interprétation scientifiquement défendable » (mistake of substituting intuition for scientifically defensible interpretation).⁴

¹ Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007, p.122

² Voir NJA 2010 s. 671 pour les dernières modifications des critères de la Cour suprême suédoise (Högsta Domstolen) concernant l'évaluation d'un témoignage oral dans le cadre d'un crime sexuel.

³ Juel Thérèse, *Fällda för sexövergrepp – om rättsfall i Sverige* (condamné pour abus sexuel – à propos de procédures judiciaires en Suède), Stockholm, Ica bokförlag, 2010, p. 23

⁴ Moritz, A.R. (1981). CLASSICAL MISTAKES IN FORENSIC PATHOLOGY. *American journal of forensic medicine and pathology*. 2 (4), p. 303

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

La raison (le bon sens) et le sens commun

Le premier outil qu'emploie le médecin est d'abord le raisonnement « sain » que l'on peut désigner sous le terme de *bon sens*. Un des outils connexes consiste en ce que le médecin légiste doit faire preuve, tout comme la police et les magistrats, de discernement (en suédois *urskillningsförmåga*). L'expertise est une aide, une base au discernement soutenant l'intime conviction dans l'acte de jugement et non une « sentence expertale ».

Coppens dissocie clairement le sens commun de la raison et même du savoir :

Le sens commun est formé par des croyances liées à des actions et à des communications, en bref, à des pratiques communautaires. Il n'est pas un savoir inné ou privé, moins encore un savoir connu. Il englobe plutôt l'ensemble des croyances d'une communauté culturelle et interprétative donnée qui forme la Weltanschauung ou la vision du monde de cette communauté.¹

John Dewey dissocie également l'usage de la raison et le savoir du sens commun :

EN [Common sense] designates the conceptions and beliefs that are currently accepted without question by a given group or by mankind in general. They are common in the sense of being widely, if not universally, accepted. They are sense, in the way in which we speak of the “sense of a meeting” and in which we say things do or do not “make sense”.

FR Le sens commun désigne les conceptions et les croyances qui sont couramment acceptées par un groupe donné ou par l'Humanité en général sans être mises en cause. Elles sont communes dans le sens d'être largement, voire universellement, acceptées. Elles sont sens dans le sens où l'on parle du « sens d'une réunion » et dans celui où l'on dit que les choses « font » ou « ne font pas sens ».²

¹ Coppens Philippe, *Normes et fonction de juger*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 1998, p. 6

² Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007, p. 62

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

John Dewey examine les limites du sens commun dans l'exemple de l'arsenic évoqué plus haut. La croyance *Prendre de l'arsenic entraîne la mort* n'a pas de caractère obligatoire au vu de facteurs requis et/ou pouvant empêcher la mort (nécessité d'une dose minimale, phénomène de mithridatisation* possible ainsi qu'intervention éventuelle d'un antidote), ce qui fait que le sens commun est mis en défaut au bénéfice de la proposition *Absorber de l'arsenic sous certaines conditions tend à entraîner la mort*.¹

Dewey justifie ainsi les limites rencontrées par le sens commun au cours de l'enquête :

EN *The operations of common sense are restricted because of their dependence upon limited instrumentalities, namely, body organs supplemented by instrumental apparatus that was invented to attain practical utilities and enjoyments rather than for the sake of conducting inquiry." [...] Competent science begins when the instrumentalities employed in operations of inquiry are adapted and invented to serve the purpose of inquiry as such, involving development of a special language or set of symbols.*

FR *Les opérations du sens commun sont limitées en raison de leur dépendance à l'égard d'instrumentalités limitées, à savoir, les organes du corps complétés par un dispositif instrumental qui a été inventé pour atteindre des utilités pratiques et des plaisirs plutôt que pour les besoins de la conduite d'une enquête. [...] La science compétente commence lorsque les instruments utilisés dans les opérations d'enquête sont adaptés et ont été inventés pour servir les fins de l'enquête en tant que telle, impliquant le développement d'une langue particulière ou un ensemble de symboles.*²

Dewey est critique vis-à-vis d'une logique trop étroite³ mais il estime néanmoins que le sens commun ne correspond pas à sa conception de la logique, à savoir l'interrelation systématique.⁴

¹ Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007, p. 452

² Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007, p. 534

³ EN *Logic in being "purified" from all experiential taint has become so formalistic that it applies only to itself.*
FR *La logique en étant « purifiée » de toute souillure expérientale est devenue si formaliste qu'elle ne s'applique qu'à elle-même.*

Voir Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007, p. 79

⁴ EN *Common sense conceptions, for example, do not satisfy the conditions of systematic interrelation.*

FR *Les conceptions issues du sens commun, par exemple, ne satisfont pas aux conditions d'interrelation systématique.*

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Comme s'agissant de l'intuition, le médecin légiste a raison de se servir du sens commun pour faire surgir des faits tangibles. Son utilisation exclusive n'est toutefois pas compatible avec la rédaction de ses conclusions. En premier lieu car cela est en rupture avec le principe de subsidiarité. Puis parce que le sens commun pointe vers une solution unique qui n'est peut-être pas la bonne même si c'est un raisonnement qui est statistiquement le plus probable : ce n'est pas parce qu'on est déprimé que l'on se tue. En effet, un autre sens commun serait de dire que la dépression ne protège pas de l'assassinat. Deux sens communs, comme dans ce cas, peuvent ainsi s'avérer incompatibles dans le traitement d'une expertise médico-légale.

Ce point sur le sens commun a suscité l'incompréhension d'un collègue qui m'a fait par écrit la remarque suivante. Pour la comprendre, il faut préciser que j'avais présenté un texte en anglais qui traitait du *common sense*. En suédois, *förnuft* signifie *raison*. *Sunt förnuft* est traduit par *bon sens* en français¹ et par *common sense* en anglais.

SE Jag förstår inte - ser du en motsättning mellan "vetenskap" och "sunt förnuft"? Jag ser nog vetenskap som ett "systemiserat och kontrollerbart sunt förnuft", dvs kunskap/förnuft som finns inte endast hos en enskild individ utan i ett kollektiv av vetenskapligt utbildade personer. Och självklart ska vi inte gå längre i våra slutsatser än vad "vetenskap och beprövad erfarenhet" ger utrymme för - men detta är naturligtvis helt självklart och okontroversiellt! Vem gör på annat sätt (inom vår kår)?

FR Je ne comprends pas – vois-tu une opposition entre « science » et « bon sens/sens commun » ? Je vois plutôt la science comme « un bon sens/sens commun (sunt förnuft) systématisé et contrôlable », c'est-à-dire la connaissance et la raison (förnuft) qui ne se trouvent pas seulement chez un individu isolé mais dans une collectivité de personnes formées à la science. Et évidemment que nous ne devons pas aller dans nos conclusions au-delà de ce que « la science et l'expérience éprouvée » nous laissent comme latitude – mais cela est naturellement complètement évident et non controversé ! Qui ferait autrement (au sein de notre corps de métier) ?

Voir Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007, p. 395

¹ Dictionnaire Norstedts stora franska ordbok, Stockholm, Norstedt, 2009, p. 198 (partie suédoise)

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Le glissement sémantique de *sunt förnuft* à *förnuft* montre que mon collègue a compris *common sense* en tant que *raison*. Je suis d'accord avec lui sur le point que l'on ne peut pas dissocier la raison de la science mais je la dissocie tout de même du sens commun.

Après avoir évoqué au travers du sens commun les représentations et les opinions communes à une société, je vais aborder deux types d'expériences qui peuvent être utilisées en expertise : les expériences générales de la vie et les expériences spécialisées.

Les expériences générales de la vie (allmänna erfarenhetssatser), les expériences spécialisées (speciella erfarenhetssatser) et le poisson rouge dans le mixer

Roberth Nordh définit les expériences générales de la vie comme :

SE *sådan kunskap om förhållanden som det inte krävs någon särskild sakkunskap för att förvärva. Insikter som man får genom allmän livserfarenheter är exempel på sådana satser.*

FR *des connaissances sur des relations qui ne demandent pas de compétence particulière pour les acquérir. Les aperçus que l'on a à travers les expériences générales de la vie sont des exemples de telles connaissances.*¹

Mais comme le fait remarquer Nordh :

SE *Särskilda erfarenhetssatser utmärks av att kännedom om dem kräver speciella kunskaper eller erfarenheter.*

FR *Certaines données de l'expérience sont reconnues par le fait que leur connaissance nécessite un savoir particulier*

¹ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 15

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

ou des expériences particulières.¹

Il s'agit des expériences spéciales (*speciella erfarenhetssatser*). Nordh précise que:

SE *Erfarenhetssatser utgör inga faktiska omständigheter, utan kan beskrivas som abstrakta satser angående hur olika faktiska omständigheter förhåller sig till varandra.*

FR *[Ces] kits d'expérience ne constituent pas des faits, mais peuvent être décrits comme des descriptions abstraites de la façon dont différents faits se rapportent les uns aux autres.²*

Quant à ce que recouvrent ces kits d'expérience, Nordh écrit :

SE *Erfarenhetssatser kan grunda sig på allt från vad som närmast kan beskrivas som allmänt sunt förnuft till frekvensundersökningar.*

FR *[Ces kits d'expérience] peuvent être fondés sur tout allant de ce qui peut être décrit comme du bon sens [traduction de sunt förnuft au vu du contexte] jusqu'à des recherches sur la fréquence de certains phénomènes.³*

Avec le temps, ce qui est une connaissance/expérience spécialisée est susceptible de se répandre dans la société et de devenir une connaissance/expérience générale de la vie. On prendra pour l'exemple l'ADN. Sujet de spéculations d'un petit nombre de chercheurs dans les années 40 lors de sa découverte par Oswald Avery, il est enseigné depuis plus de vingt ans dans le secondaire.

Mais cette frontière mouvante due à l'absorption de nombreux savoirs spéciaux dans l'expérience commune ne signifie pas pour autant que, dans cette zone grise entre connaissances/expériences générales et spéciales, on ne trace pas une délimitation quand il s'agit de

¹ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 15

² Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 15

³ Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009, p. 90

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

savoir s'il est légitime pour un expert d'intervenir dans une procédure judiciaire.

Pour montrer ce qui ne relève pas des expériences spéciales, je vais prendre deux anecdotes racontées le 14 juin 2012 par Gorm Toftegaard Nielsen, professeur de droit pénal à l'Université de Aarhus, au Danemark, lors de la conférence nordique de médecine légale dans son discours intitulé *The evidence of medical expert witnesses in criminal proceedings*.¹

Marco Evaristti avait créé une œuvre d'art en présentant un poisson rouge dans un mixer au musée d'art de Trapholt (Trapholt Kunstmuseum). Si le mixer était mis en marche, ses lames allaient immédiatement couper le poisson rouge en morceaux. Devant le risque d'un tel acte de cruauté, la justice a été saisie. Un magistrat a demandé l'avis d'un chirurgien-vétérinaire (veterinary surgeon) d'une administration locale (regional veterinary and Food Administration) pour savoir si le poisson risquait de souffrir s'il était déchiqueté. Le vétérinaire a répondu que cela entraînerait des souffrances atroces. Selon Gorm Toftegaard Nielsen, le magistrat avait demandé à un expert ce que tout le monde savait déjà. Mais selon lui, a contrario, on aurait pu estimer que le poisson rouge pourrait bénéficier d'une belle mort car rapide, comparée au sort des millions de poissons qui sont pêchés au Danemark chaque année et qui agonisent à l'air libre.

Je retiens deux enseignements de cette première anecdote. Le premier est que le principe de subsidiarité n'a pas été respecté. L'expert n'a pas employé d'expériences spéciales pour rendre son avis. Il ne me semble pas non plus qu'il ait employé d'expériences générales de la vie car je ne crois pas qu'il soit courant d'avoir une expérience de la souffrance d'un poisson quand on le découpe dans un mixer. Cette pratique ne me paraît pas fréquente au vu de la nécessité de séparer les arêtes de la chair pour que le poisson soit plus facile à manger. Le raisonnement du chirurgien-vétérinaire

¹ Gorm Toftegaard Nielsen, professeur de droit pénal à l'Université de Aarhus, intervention orale intitulée *The evidence of medical expert witnesses in criminal proceedings*, 18th Nordic conference on forensic medicine, Aarhus, 14 juin 2012. Un résumé de son intervention est disponible. Voir Toftegaard Nielsen, G. (2012). THE EVIDENCE OF MEDICAL EXPERT WITNESSES IN CRIMINAL PROCEEDINGS. *Scandinavian Journal of Forensic Science*. 18 (1), p.32

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

relèverait plutôt du sens commun. Ce sens commun a été habillé des atours de la science car énoncé par un expert. Le deuxième enseignement est que l'expert a procédé à un éclairage différentiel de la réalité en préférant une donnée de sens commun (être coupé en morceaux doit faire très mal) à une autre (on inflige moins de souffrance à un animal si on le tue instantanément plutôt que si on le laisse mourir et agoniser pendant de longues minutes).

Dans un autre dossier, un homme avait été retrouvé pendu et une pendaison criminelle était suspectée. Il était important pour la Cour de savoir si le mis en cause avait pu de manière simple établir si le pendu était toujours en vie. L'expert a répondu qu'il aurait pu le savoir en lui palpant le pouls car il est facile de sentir une pulsation. Le mis en cause a alors été condamné pour meurtre par pendaison. Selon Gorm Toftegaard Nielsen, on aurait pu également répondre qu'il pouvait être difficile de distinguer si une personne est en vie ou non. C'est d'ailleurs à cause de cette difficulté que c'est un médecin qui est chargé de constater le décès en Suède, en dehors du cas où la mort est évidente (tête séparée du corps, corps carbonisé ou en état de putréfaction avancée). Là encore, c'est du sens commun, ou peut-être une absence de sens commun, qui a été employé par l'expert drapé sous les beaux atours de la « pure science ».

Le refus de l'usage du sens commun de manière isolée et implicite est-il un déni de réalité? L'exemple du lion courant droit sur soi

Parmi les (nombreux) reproches qui m'ont été adressés concernant le fait de ne pas utiliser le sens commun, je voudrais d'abord dire que je refuse avant tout de l'utiliser de manière isolée et implicite. Lorsque je l'utilise, je dois le signifier dans l'expertise. Je n'ai toutefois encore jamais vu de médecin légiste s'en réclamer explicitement dans un rapport.

Dans l'exemple suivant, une plaignante alléguait avoir été maltraitée par son conjoint alors

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

que celui-ci alléguait que les lésions étaient survenues suite à une chute dans les escaliers. J'ai estimé que le tableau clinique allait à l'encontre d'une chute unique dans les escaliers. J'en ai donné une explication qui pour moi relève du sens commun : la plaignante présentait des ecchymoses autour des deux yeux et derrière les deux oreilles et je ne voyais pas comment une chute unique pouvait, même par rotation, occasionner les quatre lésions en même temps. On m'a fait remarquer qu'il s'agissait d'une façon pour moi, en donnant cette explication, de me défausser et de ne pas assumer mes conclusions. Pourtant j'ai assumé mon évaluation, j'ai simplement cru bon de faire comprendre aux lecteurs de l'expertise que je n'avais pas utilisé de la science ou une expérience éprouvée dont la maîtrise était inaccessible aux autres intervenants du procès.

Un autre reproche qui m'a été fait est d'adopter une attitude relativiste voire nihiliste, en tout cas éloignée de la réalité. Ma position serait que le sens commun est à ignorer complètement, que tout est relatif et que j'estimerai que l'on ne pourrait jamais s'exprimer sur rien. Dans une remarque où il me semble que mon correspondant assimile intime conviction et sens commun (l'intime conviction est abordée plus loin), il prend pour exemple qu'en face d'un lion qui court vers soi, il faut prendre la fuite et ne pas demander de preuves supplémentaires. C'est à cet exemple du lion que j'aimerais répondre. Là encore, la citation est large pour ne pas déformer les propos de mon confrère :

SE Givetvis måste rättsläkaren kunna väga in annat än "medicinsk" information i sin bedömning (hur skulle för övrigt en sådan avgränsning överhuvudtaget kunna göras? -- vad är "medicinsk" information? osv) - förutsatt att man deklarerar vad man väger in i sin bedömning -- så att domstolen inte luras att räkna viss bevisning dubbelt. Men uttrycket "inre övertygelse" låter alltså för mig långt mer subjektivt än vad jag menar är fallet i praktiken, se ovan. Dvs om du inte därmed menar att "allt är relativt" och att det inte existerar någon objektiv sanning överhuvudtaget. Så kanske det är i kvantfysisk mening, men jag menar att vi som försöker leva i denna värld ändå måste agera utifrån våra erfarenheter och utifrån vad som är rimligt. Dvs kommer ett lejon rusande vill jag nog förordas att man tar detta på allvar och söker skydd - inte utgå från att mer bevis krävs.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

FR *Bien sûr que le médecin légiste doit pouvoir mettre en balance dans son évaluation autre chose que l'information « médicale » (et d'ailleurs comment une telle démarcation [entre information médicale et non médicale] pourrait être effectuée par-dessus le marché? – qu'est-ce qu'une information médicale? Etc...) – sous réserve que l'on déclare ce que l'on met en balance dans son évaluation – de telle manière que le tribunal ne soit pas trompé [et conduit à] compter une preuve deux fois. Mais le terme « intime conviction » raisonne pour moi comme beaucoup plus subjectif que ce n'est le cas en pratique, voir [ma remarque] plus haut. Ceci dans le cas où tu ne veux pas dire par là que « tout est relatif » et qu'il n'existe pas de vérité objective par-dessus le marché. Donc c'est peut-être en termes de physique quantique [que tu t'exprimes] mais je veux dire par là que nous, qui essayons de vivre dans ce monde, devons malgré tout agir à partir de nos expériences et à partir de ce qui est vraisemblable. C'est-à-dire que si un lion se précipite [vers moi/autrui], je recommanderais que l'on prenne cela au sérieux et que l'on cherche refuge – pas que l'on parte [du principe] que davantage de preuves sont requises [avant de prendre la décision de fuir].*

Ce passage cite un certain nombre de points essentiels dans la pratique de la médecine légale. Par exemple le fait qu'il est nécessaire d'utiliser des informations non médicales pour pouvoir faire son évaluation. Je désignerai les informations entourant une expertise sous le terme générique de *circonstances*. L'absence de leur examen ou leur manque de robustesse* peut conduire à un dépérissement de la preuve, à des conclusions erronées ou susceptibles d'induire en erreur police et magistrat. Il me semble toutefois que les circonstances seules ne peuvent pas être utilisées indépendamment de tout élément médical le soutenant. Ainsi, lors du cas de la noyade évoqué plus haut assorti d'une réanimation prolongée, ce n'est pas parce que l'on ne trouve aucun signe patent de noyade intra-vitale au niveau des organes à l'autopsie qu'il s'agit pour cette raison du diagnostic à entériner.

Mon correspondant évoque également la nécessité légale d'expliciter par quels outils le médecin légiste arrive à ses conclusions. Comme signalé plus haut, je n'ai hélas pas encore vu un expert se réclamer d'avoir utilisé du simple bon sens ou le sens commun pour effectuer ses

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

conclusions. La plupart du temps, ceux qui lisent l'expertise sont tentés de croire en creux que de la science et/ou de l'expérience éprouvée ont été utilisées pour parvenir aux conclusions.

Quand mon confrère évoque le risque qu'une preuve soit comptée double, il me semble que le risque est plutôt que la preuve change de nature, qu'elle prenne indûment une dimension scientifique et que par-là elle emporte la décision en bénéficiant d'un indice supérieur aux autres sur l'échelle de preuve (au cours du processus d'évaluation de la preuve, en suédois *bevisvärdering*). En effet, le juge ne fait pas deux colonnes où il regarde laquelle a le plus de lignes pour effectuer son jugement.

Le passage exprimant que nous devons agir selon ce qui est *vraisemblable* n'est pas commenté ici. J'aborderai plus loin comment l'échelle de langage mise en place par la Direction nationale de la médecine légale de Suède consiste à exprimer une probabilité en épousant un modèle statistique plutôt qu'une évaluation de vraisemblance.

Revenons-en à présent au lion courant droit sur soi. Un lion est par essence dangereux pour l'homme. Si je me promène de manière imprudente dans la savane ou que l'on m'a enfermé dans la cage aux lions dans un zoo et que je vois un lion qui court dans ma direction, je fuirai immédiatement. Le sens commun nous conduit à prendre de sages décisions et remplit son rôle d'être, parmi de très nombreuses autres fonctions, une aide à la survie.

Le problème du sens commun est son ambition d'embrasser la totalité du réel en une seule formule : il généralise et décontextualise. Affirmer cela ne signifie pas pour autant que tout est relatif et que l'expert ne peut rien dire. Cela veut plutôt dire qu'un sens commun est valide dans un cas particulier sous réserve qu'un certain nombre de conditions soient remplies. C'est là qu'intervient la rationalité en tant que logique par interrelation systématique.

N'étant pas soigneur d'animaux et n'ayant aucune expérience concernant les lions, je me

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

contenterai d'utiliser les expériences générales de la vie que j'ai acquises à ce sujet et ne ferai pas usage de connaissances particulières, du genre comportementalisme animalier. Je diviserai les lions en cinq groupes quant à leur attitude possible vis-à-vis de l'homme mais il existe sûrement d'autres catégories que j'ignore. Il y a tout d'abord les lions sauvages, ceux qui n'ont pas été capturés par l'homme. Il y a ensuite les lions dits « en conserve », c'est-à-dire ceux élevés en cage et qu'on lâche dans la nature pour qu'ils soient chassés et facilement tués à leur réveil par de riches touristes. Viennent ensuite les lions en semi-liberté dans les zoos, ceux dressés que l'on utilise au cirque et les rares lions apprivoisés, par exemple la lionne Elsa élevée par Joy Adamson dès l'âge de deux/trois semaines. Joy ne devait sûrement pas s'enfuir quand Elsa accourait vers elle. Même le daman des roches de la famille se sentait en confiance avec la lionne.¹ Les dompteurs de cirque n'ont pas non plus l'habitude de fuir devant les lions qu'ils dressent.

Il nous faut d'abord un contexte pour examiner si un lion qui court droit sur soi/autrui est forcément dangereux, un contexte qui soulève une question nécessitant l'intervention d'un expert. Les lieux où il arrive de croiser les lions dans nos sociétés occidentales sont les cirques, les zoos et les plateaux de cinéma. Nous allons prendre ce dernier cadre. Il s'avère que les lions des différents groupes peuvent être l'objet d'attention de la part du septième art.

Si j'autopsie un homme déchiqueté par un lion sur un plateau de tournage et que le juge me demande si le décédé n'aurait pas dû fuir devant le fauve courant vers lui, je lui répondrai que l'instinct de survie l'exigeait mais que les besoins du film exigeaient de ne pas fuir. Si un réalisateur (et/ou son assureur) estime qu'un lion, conformément au sens commun, est dangereux en tous les cas, il évitera tout bonnement d'en avoir un sur son plateau. Ainsi Ang Lee dans *L'Odyssée de Pi* n'utilise qu'un lion virtuel, un lion pour ainsi dire digital. Un lion à l'état sauvage est dangereux, c'est pourquoi les documentaires animaliers sont filmés à bonne distance de ces derniers. Jean-

¹ Adamson Joy, *BORN FREE: THE FULL STORY*, Londres, Pan Books, 2010, p. 5

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Jacques Beineix a choisi des lions domptés pour son film *Roselyne et les lions*. On lui souhaite d'avoir eu du personnel qualifié.

Pour que le lion coure vers une personne sans présenter de danger, un certain nombre de conditions nécessaires mais non suffisantes doivent être réunies : la personne doit être connue de lui, le lion ne doit pas être affamé, il ne doit pas avoir manifesté un comportement agressif dans les heures précédentes, il ne faut pas s'être intercalé entre le lion et ses petits ou s'accaparer la proie de celui-ci.¹ Il doit exister encore de nombreuses conditions que je ne peux pas connaître (rôle de l'âge, du caractère de l'animal, de son éventuelle docilité ?...).

Si le magistrat demande à un expert de se prononcer sur le caractère dangereux en général d'un lion, c'est qu'il veut donner une dimension scientifique à quelque chose qui ne concerne que le sens commun. Il est inutile en effet de faire la liste des gens qui meurent dans les zoos pour être sortis de leur voiture ni de faire des études comparées à ce sujet. Si le juge veut savoir si un lion en particulier était dangereux et qu'il demande l'intervention de l'expert, c'est que le sens commun ne suffit pas si on part du principe que le tribunal n'est pas dans une démarche de manipulation pour donner une valeur induite à du sens commun et qu'il n'est pas non plus ignorant de ce que chacun sait.

Asséner en tant qu'expert qu'un lion est forcément dangereux, c'est masquer sous le visage de la science un sens commun mal renseigné, c'est bloquer la mise en variation en faisant croire au juge que la présence d'un lion sur le plateau de tournage d'un film ne pouvait inévitablement que tourner à la tragédie. Dire que la totalité des lions est totalement incontrôlable ou qu'il faut fuir quand ils courent vers soi, c'est comme dire que les gens déprimés meurent par suicide quand leur mort est de cause non naturelle : c'est un raisonnement sain qui est valable très souvent mais qui ne peut pas embrasser avec certitude la totalité des cas qui se présentent. Nous devons donc, pour

¹ Cette dernière condition ne s'avère pas toujours nécessaire. Ainsi, selon William Percy, la lionne Elsa laissait un homme récupérer la carcasse de sa proie juste après l'avoir tué, ce qui montrait selon lui qu'Elsa faisait montre d'une grande maîtrise de soi. Voir Adamson Joy, *BORN FREE: THE FULL STORY*, Londres, Pan Books, 2010, p. VIII

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

permettre la mise en variation des éléments de preuve, nous éloigner d'une utilisation exclusive et implicite du sens commun et signifier à quelles conditions et par quels moyens le diagnostic est posé. Ces conditions ne sont pas une tentative de relativisme ni de nihilisme. Bien au contraire, elles sont souvent vérifiables par l'enquête. Dans le cas de l'homme déchiqueté par un lion, les conditions permettant d'évaluer la dangerosité du félin (alimentation et comportement les heures précédant le drame, expérience de la personne à son contact...) sont facilement vérifiables en entendant des témoins. Si elles ne sont pas toutes réunies, cela pourra conduire à évaluer l'éventuel comportement imprudent d'un des membres de l'équipe de tournage. C'est justement quand la réalité ne rejoint pas le sens commun que se niche la légitimité de l'intervention de l'expert par subsidiarité. Toutes les conditions qui sont nécessaires pour que l'on ne puisse pas s'attendre à ce que le lion soit dangereux sont hors du contrôle de l'expert mais vérifiables par l'enquête, les citer devrait donc conduire la police à compléter celle-ci.

L'expert est parfois tenté de masquer toutes ces conditions requises. Cela lui permet de ne pas voir son raisonnement démonté si la suite de l'enquête montre qu'elles ne sont pas réunies, si l'absence d'enquête ne permet pas de les constater ou si, en l'absence de nouvel élément, la police ou le tribunal estiment que les conditions sont réunies mais que, contrairement à ce que prétend l'expert, elles ne permettent pas de conclure comme il le fait.

J'espère avoir convaincu le lecteur que l'utilisation implicite de l'intuition et du sens commun par le médecin légiste met à mal la légitimité de son intervention et son rôle dans la procédure.

Je vais à présent évoquer un autre type de raisonnement, le raisonnement réductif. Celui-ci s'appuie sur au moins un fait tangible mis à jour par l'expert ou porté à sa connaissance pour apporter une information supplémentaire à la police et/ou au magistrat.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Le raisonnement réductif

Georges Kalinowski décrit ainsi le raisonnement réductif :

On appelle « réductif » un raisonnement dont la prémisse constate un effet et dont la conclusion indique la cause. Un même effet pouvant être souvent produit par diverses causes, le raisonnement réductif est, en principe, un raisonnement à conclusion probable. Il donne cependant une conclusion certaine chaque fois que l'effet en question ne peut être produit que par une seule cause et lorsque celui qui raisonne, en la découvrant, s'en rend compte.¹

Le raisonnement réductif est donc à conclusion probable hormis le cas où il comporte en prémisse une lésion/un élément/un tableau clinique pathognomoniques. C'est ce cas que je vais examiner en premier lieu.

La pathognomonie* existe-t-elle en médecine légale ?

Une lésion peut-elle être pathognomonique ?

Une lésion pathognomonique* désigne une lésion qui est absolument spécifique² d'un mécanisme qui l'a générée, c'est-à-dire qu'aucun autre mécanisme n'a pu la produire.

Mon confrère Lars Eriksson m'a dit un jour qu'« une lésion a toujours au moins deux origines possibles ». Je n'ai aucun exemple à opposer à cette affirmation. Pourtant, j'ai longtemps cru que des objets ayant des formes très particulières pouvaient générer des lésions reproduisant ces formes et ainsi établir leur relation de manière formelle.

¹ Kalinowski Georges, *Introduction à la logique juridique*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 146

² Spécifique signifie « qui appartient en propre à une espèce, à une chose ». Voir Dictionnaire *Petit Larousse illustré* 2013, Paris, Larousse, 2012, p. 1037

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Ingemar Thiblin m'a montré un jour la photo d'un homme qui présentait sous l'œil gauche une petite ecchymose carrée avec en son centre une zone de peau saine en étoile. L'homme disait avoir reçu un coup de poing. Le mis en cause portait lors de l'interpellation une chevalière à base carrée et surmontée d'une pierre en forme d'étoile. La chevalière était donc « reproduite » sous l'œil gauche du plaignant. Mais le coup aurait peut-être pu être porté par une chevalière ou un autre objet ayant une forme légèrement différente et la diffusion du sang sous la peau suite au coup de poing aurait pu induire en erreur. Il ne me semble pas que l'ecchymose était pathognomonique d'un coup porté avec ladite chevalière dans le sens où elle ne pouvait être spécifique de manière absolue. Elle pouvait tout au plus être hautement spécifique. La différence entre « absolument spécifique » et « hautement spécifique » est liée à notre impossibilité d'atteindre l'absolu dans toute chose. Notre condition humaine ne nous permet pas d'éliminer tous les scénarios alternatifs possibles à la survenue d'une lésion dont nous ne nous voyons parfois même pas comment elle aurait pu survenir.

J'en prendrai comme exemple une lésion que j'ai longtemps crue être pathognomonique : l'empreinte d'une chaussure sur la peau d'une personne indiquait selon moi de manière certaine qu'une autre personne l'avait agressée en lui donnant un coup de pied ou en lui marchant dessus. Un avocat de la défense m'avait contacté un jour pour me demander si cette forme n'aurait pas pu être auto-infligée : la plaignante avait-elle pu se frapper avec une chaussure ? Les photographies transmises par la police montraient des rougeurs représentant des empreintes de chaussures. La rougeur est provoquée habituellement par la dilatation transitoire de capillaires sous/intra-cutanés, elle ne correspond pas à un saignement. En me frappant¹ avec une chaussure et après plusieurs tentatives (il fallait frapper d'un coup sec avec force), j'ai été capable de reproduire la rougeur sur la même partie du corps que la plaignante et la marque a persisté assez de temps pour que je reproduise très précisément la photographie que la plaignante avait donnée à la police. Comme une

¹ Par solidarité, un collègue s'est également frappé de la même manière. Il a obtenu des résultats similaires.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

rougeur peut survenir de nombreuses façons, je me suis demandé si elle pouvait survenir plus facilement (sans coup fort et sec). J'ai alors prié une collègue atteinte de dermographisme¹ (phénomène concernant 5% de la population générale) de serrer contre elle une chaussure. Cela a permis de reproduire très exactement l'empreinte par simple pression appuyée et prolongée.

Si la pathognomonie* de toute lésion isolée est mise en cause, cela signifie qu'il est difficile pour une lésion isolée d'être un fait autorégulateur. Elle peut être un fait tangible voire notoire, mais elle ne peut pas à elle seule déclencher des conséquences juridiques. Par effet de ricochet, une lésion isolée ne peut pas entrer dans le cadre d'un raisonnement réductif à conclusion certaine mais seulement à conclusion hautement spécifique et accablante. La lésion isolée peut donc être tout au plus hautement spécifique. On pourra la désigner en suédois comme *överbäldigande* (accablante, écrasante, imposante, très grande).²

Un ensemble de lésions (un tableau lésionnel) peut-il être pathognomonique ?

Après l'exemple du *poisson rouge dans le mixer*, je reprendrai à nouveau à mon compte une anecdote de Gorm Toftegaard Nielsen³ qui va me permettre de passer des lésions isolées à un ensemble de lésions (un tableau lésionnel).

Une femme avait été retrouvée décédée dans une salle de bains. Les parties ne contestaient visiblement pas au procès le fait qu'elle avait été retrouvée morte dans cette pièce de la maison, qu'elle y était décédée et que toutes les lésions étaient survenues à cet endroit. Son conjoint était

¹ Le dermographisme correspond à « l'apparition d'une urticaire locale après frottement ou griffure de la peau ». Voir Dictionnaire *Petit Larousse illustré* 2013, Paris, Larousse, 2012, p. 331

² Dictionnaire *Norstedts stora franska ordbok*, Stockholm, Norstedt, 2009, p. 775 (partie suédoise)

³ Gorm Toftegaard Nielsen, professeur de droit pénal à l'Université de Aarhus, intervention orale intitulée *The evidence of medical expert witnesses in criminal proceedings*, 18th Nordic conference on forensic medicine, Aarhus, 14 juin 2012. Un résumé de son intervention est disponible. Voir Toftegaard Nielsen, G. (2012). THE EVIDENCE OF MEDICAL EXPERT WITNESSES IN CRIMINAL PROCEEDINGS. *Scandinavian Journal of Forensic Science*. 18 (1), p.32

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

suspecté de l'avoir tuée. L'avocat de la défense prit chaque lésion à tour de rôle et demanda à l'expert si chaque lésion pouvait être due à une chute et l'expert répondit à chaque fois que c'était possible. Les hématomes et les ecchymoses surviennent par pression et peuvent être dues tout autant à des coups de poing, des coups de pied, des coups portés à l'aide d'objets ou une chute contre un objet (la baignoire) ou le sol. Ces lésions sont non spécifiques et prises l'une après l'autre ne sont pas spécifiques ni pathognomoniques de l'intervention d'autrui. Ce que reprochait Gorm Toftegaard Nielsen au procureur posant à son tour des questions à l'expert, c'est de ne pas avoir demandé si *l'ensemble des lésions* pouvait être dû à une chute. Car, de manière évidente, ce ne pouvait être le cas. Comme le disait Toftegaard Nielsen, « chaque lésion pouvait être reliée à la chute mais pas la totalité des lésions » (each injury could be related to the fall but not all of them). Le tableau lésionnel que présentait cette femme était pathognomonique de violences infligées par autrui. Mais il ne pouvait être pathognomonique que dans le contexte cité et non mis en cause par les parties (le décès et l'ensemble des lésions survenus dans la salle de bains). Ce tableau clinique aurait pu ne pas être pathognomonique de violences par la main d'autrui dans un autre contexte, par exemple sur la voie publique où un véhicule aurait percuté la défunte. Pour estimer que le tableau est pathognomonique, l'expert doit donc contextualiser et avoir procédé à l'élimination d'autres circonstances, par exemple une maladie sanguine entraînant un saignement spontané ou un surdosage en anticoagulants.

La pathognomonie* me semble donc possible en médecine légale pour un tableau lésionnel dans un contexte reconnu par tous les acteurs du procès et sous la condition d'une bonne technique, c'est-à-dire sous la condition que les lésions ont bien été recueillies et les diagnostics différentiels évidents ont été écartés. Pour ne pas induire en erreur le tribunal, le médecin légiste aura à cœur de préciser dans quel contexte l'ensemble des lésions est pathognomonique d'un mécanisme de survenue.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Le raisonnement réductif à conclusion probable

On peut dire que le raisonnement est toujours réductif en médecine légale car on n'est jamais assuré d'avoir tous les éléments nécessaires à l'expertise, hormis les tableaux lésionnels pathognomoniques dans un contexte où les parties s'accordent. Il existe toutefois différents niveaux de raisonnement réductif.

Il y a le cas où l'expert n'utilise qu'un élément clinique pour tirer directement des conclusions. Il n'est pas évident de comprendre, à la lecture de Alan R. Moritz, si c'est exactement ce qu'il appelle « la déduction intuitive catégorique » (intuitive categorical deduction) mais je suis tenté de le croire à travers les deux exemples qu'il en donne. Il me semble qu'il s'agit d'une déduction car elle se base sur un fait, qu'elle utilise l'intuition car le diagnostic apparaît d'emblée, c'est-à-dire sans examiner les modes de survenue alternatifs d'une lésion ou les diagnostics différentiels, et qu'elle est catégorique car l'expert ne laisse pas entendre qu'il y a d'autres hypothèses possibles.

Le premier exemple concerne un médecin américain qui, chaque fois qu'il y a avait des lésions sur le coup d'un pendu (some bruises on the neck), concluait systématiquement qu'il s'agissait d'une pendaison criminelle, alors que ces lésions sont le plus souvent dues au pendu qui tente sans succès de desserrer le nœud.

Le deuxième exemple de Moritz concerne l'expert qui en notant une excoriation sur l'anus d'un défunt en conclut de manière péremptoire qu'il s'agit d'un meurtre et que l'assaillant était un sodomite.

Selon Moritz ce genre de raisonnement a conduit au moins une personne à être condamnée à mort par pendaison.¹

¹ Moritz, A.R. (1981). CLASSICAL MISTAKES IN FORENSIC PATHOLOGY. *American journal of forensic medicine and pathology*. 2 (4), p. 303

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

La déduction intuitive catégorique ne peut être valable que s'il existe une lésion pathognomonique en médecine légale mais nous pouvons à présent douter de l'existence d'une telle lésion. Je n'ai pas vu ce raisonnement utilisé en Suède. La raison en est, me semble-t-il, que dans tous les cas de figure, l'autopsie et l'examen corporel* doivent être systématiquement complets, quel que soit le questionnement.

La déduction intuitive (non catégorique) s'utilise pour poser l'indication d'une autopsie lors d'une levée de corps médico-légale* car c'est le seul moyen possible quand on se situe dans un pays où les critères d'autopsie sont restreints (pour des raisons logistiques, idéologiques ou financières) ou peu clairs. On se base alors sur un ou quelques faits (circonstances, examen externe du corps) pour déduire directement l'indication ou l'absence d'indication d'une autopsie. Si on avait tous les éléments en main, c'est-à-dire les données de l'examen interne, cela signifierait que l'autopsie a déjà été réalisée. Ce raisonnement est absent en Suède car les levées de corps médico-légales pour poser l'indication d'une autopsie sont anecdotiques (10 sur l'ensemble de la Suède en 2013 contre plus de 5000 autopsies).¹ Il s'agit plutôt de confirmer l'absence d'indication et les critères sont règlementés (voir à ce propos le paragraphe *Indications légales des examens médico-légaux du défunt* de la première partie).

La déduction intuitive étant un raisonnement probable se basant sur un examen seulement externe, il existe inmanquablement des situations où des indications d'autopsies de mort violente ne sont pas posées, ce qui présente une faille dans le système judiciaire et en matière de santé publique. C'est pour cela que la limitation des levées de corps médico-légales effectuées afin d'éviter une autopsie dans le système suédois améliore de manière significative la qualité du diagnostic.

¹ Rättsmedicinalverket. (21 février 2014). *Årsredovisning 2013*. Dnr X13-90112. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se, p. 31

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Le critère statistique

Une autre manière de raisonner en médecine légale est d'utiliser le critère statistique. De deux hypothèses, une survient de manière tellement rare qu'elle en devient négligeable et qu'elle est par conséquent éliminée dans les conclusions de l'expert. À ma connaissance, ce raisonnement est toujours implicite car je n'ai pas encore vu un médecin légiste écrire dans son rapport qu'il utilisait ce critère pour écarter l'intervention d'autrui.

Ingemar Thiblin doute de la pertinence du critère statistique pour établir le suicide par pendaison. Il reproche notamment au critère statistique de générer « une démonstration qui tourne en rond » (cirkelbevisning), on dira en français d'être auto-amplifiant. Si on estime que 99,9% des morts par pendaison sont d'origine suicidaire, il en reste 0,1% qui sont criminelles. Thiblin estime qu'un médecin légiste pourra au cours de toute sa carrière passer à côté d'une pendaison criminelle en utilisant le critère statistique. Ceci n'est pas, d'après lui, complètement satisfaisant. Mais le fait que l'on frise les 100% dans ce cas est peut-être dû au fait que l'hypothèse négligeable est toujours mise de côté au détriment de l'hypothèse majoritaire qui est donc artificiellement amplifiée. En conséquence, le critère statistique s'auto-entretient.

Dans le cas de la pendaison, c'est une cause de décès d'autant plus difficile à établir qu'il s'agit avant tout d'un diagnostic d'exclusion. On peut générer par exemple les signes de la pendaison (comme des saignements internes au-dessus de la clavicule droite) en pendant quelqu'un que l'on vient de tuer.

On assiste bien à un tour de passe-passe : l'induction incomplète devient complète. L'hypothèse minoritaire pouvant être rejetée en recherche médicale si elle est inférieure à 5 % est ici de manière commode réduite de 0,1 à 0 %. Il est statistiquement reconnu que certains diagnostics sont reliés à une action du défunt plus que d'autrui : mort par surdosage médicamenteux, par

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

défenestration ou dans le cas évoqué par pendaison. Mais ce qui peut s'avérer valable à l'échelon individuel (un risque sur 1000 de se tromper de mécanisme de mort concernant une pendaison) n'est pas tenable à l'échelon d'une population (risque d'absence de survenue en Suède de pendaison criminelle). Utiliser le critère statistique implique de faire disparaître certaines catégories d'homicide de manière mécanique, et ce d'autant plus si la police attend l'évaluation du médecin légiste pour savoir s'il y a un intérêt à poursuivre l'enquête.

Je reprendrai le cas du surdosage médicamenteux. Une femme avait été retrouvée à son domicile décédée d'un surdosage médicamenteux. Les documents de la police recélaient très peu d'information, à savoir que la défunte était déprimée. J'avais, en l'absence d'enquête détaillée, écrit que « les données de l'autopsie à elles seules ne permett[ai]ent pas de déterminer l'origine du surdosage médicamenteux ». Le spécialiste qui devait contre-signer mon expertise avait rayé cette phrase, la qualifiant de « paranoïaque » et l'avait remplacée par « les données de l'autopsie à elles seules ne permett[ai]ent pas de déterminer si le surdosage [était] accidentel ou s'il relev[ait] d'une volonté de se donner la mort ». L'empoisonnement était donc d'emblée écarté.

Cette remarque sur la paranoïa était pour moi fondamentale. Je m'étais représenté la paranoïa comme une qualité essentielle du médecin légiste, son devoir de chercher de manière obsessionnelle l'intervention d'autrui au cours de toutes les expertises qu'il réalisait. Ne pas mettre en évidence l'intervention d'autrui au cours d'une autopsie avait pour moi comme effet probable que le procureur ne pouvait pas engager de poursuites judiciaires, sauf exception, mais pas que cela permettait pour autant au médecin légiste d'éliminer formellement de par sa science l'intervention d'autrui. Pour compléter l'anecdote, la fille de la défunte m'avait contacté pour me dire qu'elle était persuadée que son père avait empoisonné sa mère. Le spécialiste avait alors accepté que j'écrive ma phrase « paranoïaque ».

J'ai été confronté plusieurs fois à ce raisonnement statistique appuyé en cela par l'argument

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

qu'il ne faut pas voir le mal partout. C'est pourtant le propre du médecin légiste de chercher l'intervention d'autrui. Qui plus est, c'est parfois pour la police et le procureur la **seule** raison de faire appel au médecin légiste et celui-ci refuserait ainsi d'examiner l'objet même de son intervention.

Contre ma vision des outils qu'utilise le médecin légiste, j'ai eu un certain nombre de remarques d'un collègue. Il m'a opposé que le mécanisme de mort était une proposition dont il était exprimé qu'elle n'était pas « totalement sûre » et que le diagnostic dépendait des circonstances : si on les changeait, le diagnostic devait être reconsidéré. Je cite largement le courriel de mon collègue pour que ses arguments restent dans leur contexte :

SE Jag menar alltså att när rättsläkaren kryssar dödssätt på dödsorsaksintyget så är detta en uppgift endast till Socialstyrelsens dödsorsaksstatistik, utan rättslig betydelse. Däremot har naturligtvis rättsläkarens uttalande i ett obduktionsutlåtande rättslig signifikans, men vid onaturlig död uttalar vi i praktiken aldrig "full säkerhet" om dödssättet, utan detta blir ett avgörande av åklagaren och domstolen.

FR Je veux dire également que quand le médecin légiste coche [la case concernant un certain] mécanisme de mort sur le certificat de cause de décès, c'est une déclaration qu'il fait seulement pour les statistiques des causes de décès de la Direction nationale suédoise des affaires médicales et de la santé et cela n'a aucune signification en matière juridique. En revanche les conclusions du médecin légiste dans un rapport d'autopsie ont une signification juridique, mais lors d'une mort non naturelle nous ne nous exprimons en pratique jamais de manière « complètement sûre » concernant [la détermination du] mécanisme de mort qui reste du ressort du procureur et du tribunal.

Le mécanisme de mort est couplé à une échelle de langage qui indique la probabilité (selon moi) ou la vraisemblance (selon d'autres) que le mécanisme de mort désigné soit le bon.¹ Je n'ai aucune idée

¹ Je reviendrai sur ce que je conçois comme « probable » et comme « vraisemblant » dans les chapitres consacrés respectivement à l'échelle dite de « vraisemblance » 2012 de la Direction nationale de la médecine légale de Suède (sannolikhetsskala 2012) et à l'échelle à double entrée.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

de la façon dont un procureur analyse la différence sémantique entre la phrase « Les faits de l'examen [médico-légal] montrent que la pendaison est à l'origine de la mort » (Undersökningsfynden visar att hängning har orsakat dödsfallet.) et la phrase « Les faits de l'examen [médico-légal] parlent de manière forte que la pendaison est à l'origine de la mort » (Undersökningsfynden talar starkt för att hängning har orsakat dödsfallet.)¹ La précaution de ne pas s'exprimer de façon « complètement sûre » (full säkerhet) comme je le vois souvent en employant « de manière forte » (talar starkt) me semble susceptible d'échapper à la vigilance de la police et du procureur. Je ne suis pas sûr que ces derniers comprennent que le niveau de sécurité dans le second cas est dû à un critère statistique et qu'il leur reste à faire une enquête détaillée pour voir si le suicide est criminel. L'autopsie, ne montrant pas d'autres signes de violence, ne permet pas non plus d'écarter un geste criminel. Mon expérience très limitée des questions que j'ai posées à des policiers montre que pour eux, si le médecin légiste écrit « suicide », c'est que c'est son diagnostic. Comme déjà évoqué, un policier m'avait même dit qu'il ne complétait l'enquête que si le médecin légiste écrivait « indéterminé » comme mécanisme de mort.²

La remarque suivante concerne la relation entre les faits parvenus à la connaissance du médecin légiste et le mécanisme de mort proposé. Mon interlocuteur répond à ma remarque de l'utilisation implicite du critère statistique :

SE Beträffande din kommentar att vi ibland har för lite underlag för vår bedömning så förtecknar vi ju mycket tydligt vilket underlag vi baserar vår bedömning på - så skulle ytterligare information tillkomma är det väl självklart att bedömningen kan förändras ("If facts change, I change my mind. What do you do?" som en brittisk lipidforskare en gång sa.)

¹ Le lecteur me pardonnera la traduction mot à mot du suédois vers le français. Y introduire d'autres concepts, comme celui de vraisemblance ou celui de probabilité, aurait compliqué le propos.

² Il me semble inutile de préciser que la police poursuit également son enquête si le médecin légiste désigne l'homicide comme mécanisme de mort.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

FR *Concernant ton commentaire que parfois nous avons trop peu d'information dans notre évaluation, nous indiquons de manière très claire sur quelles informations nous basons notre évaluation – donc s'il arrivait des informations supplémentaires, il est évident que l'évaluation pourrait changer. ("If facts change, I change my mind. What do you do?" comme avait dit une fois un anglais chercheur en lipides.)*

Concernant les informations que nous recevons avant la réalisation d'une autopsie, elles sont parfois succinctes. On citera *in extenso* le rapport de police que j'ai eu l'occasion de lire : « Retrouvé mort à son domicile ». On peut se demander si une enquête a vraiment eu lieu ou si la police attend de lire le rapport préliminaire du médecin légiste. Ce dernier qui n'a pas d'élément d'enquête en conclut qu'il n'y a pas d'élément inquiétant, ce qui transite dans le mécanisme de mort choisi, et cela confirme à son tour à la police qu'il n'y a aucun élément inquiétant et donc aucune enquête à réaliser.

J'ai réalisé un jour une autopsie où il n'y avait pas d'élément en faveur de l'intervention d'autrui car il n'y avait apparemment pas eu beaucoup d'investigation. J'avais autopsié un marin qui était à première vue tombé ivre du pont en contre-bas. Le mécanisme de mort était donc un accident provoqué par le défunt lui-même. Cette hypothèse était donc la plus fréquente. Il y avait toutefois deux éléments qui la contredisaient. Le premier élément était qu'il n'y avait pas d'alcool dans le sang. Le second était que le marin présentait une plaie au front avec de la peinture qui avait un aspect laissant penser qu'il avait pu prendre une poulie dans le visage, ce qui aurait pu le déséquilibrer. L'hypothèse était statistiquement peu probable mais somme toute vraisemblable. Je m'orientai vers une suspicion d'accident du travail. Conforté dans mes doutes par le spécialiste contre-signant mon rapport, j'ai donc posé de nombreuses questions au policier. Il m'a semblé à ses réponses que l'enquête avait été très limitée et ne permettait pas d'évaluer cette hypothèse, hypothèse que le policier ne voyait absolument aucune raison d'examiner de plus près.

Le critère statistique me semble donc auto-amplifier certains mécanismes de mort

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

n'impliquant pas l'intervention de la main d'autrui et rendre négligeable les cas qui sont l'objet même de l'intervention du médecin légiste. Le critère statistique permet également de valider une enquête très sommaire. Qu'un fait nouveau fasse changer l'évaluation du médecin légiste est licite mais cela doit survenir sur la base d'une enquête bien conduite et non survenir lors de l'absence d'enquête en apprenant par hasard des éléments déterminants par les proches du défunt. Certains glissements sémantiques établissant une certitude de diagnostic à 99% mais ne se basant que sur un critère statistique combiné à une absence de lésions (voire à la présence de quelques lésions qui par habitude ne suscitent pas grand intérêt) me semble procéder d'une ruse du langage. Ce moyen implicite pourrait par ailleurs être laissé à la disposition de la police qui a elle aussi accès à des statistiques (base de données Brå)¹.

Les outils que je viens d'évoquer sont implicites alors que la loi exige qu'ils soient explicites.² Certains semblent parfois pallier voire justifier une enquête sommaire. En cela, ils rendent difficile une correcte évaluation critique des conclusions de l'expert par le tribunal. L'outil suivant, la science, est pour sa part explicite, recouvrant les autres outils déjà cités. Ce que l'on renferme sous ce vocable est hélas souvent obscur.

¹ Le Conseil national suédois pour la prévention de la délinquance (Brottsförebyggande rådet) met à la disposition du public des statistiques détaillées concernant les délits. Elles sont consultables à la page *Brott och statistik* (Délits et statistiques) sur le site officiel bra.se

² Rättegångsbalk (1942:740) 40:7

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

2. USAGE DE LA SCIENCE, CONDITION D'INTERVENTION DU MEDECIN LEGISTE DANS LA PROCEDURE PENALE

Science et non-science

La notion de vérité scientifique définitive est évidemment un leurre et ne peut être entrevue qu'en fonction du paradigme actuel. Le passage suivant concernant la théorie aristotélicienne de la génération spontanée n'est ainsi plus compréhensible à l'époque des théories microbienne et cellulaire :

EN *So with animals, some spring from parent animals according to their kind, whilst others grow spontaneously and not from kindred stock; and of these instances of spontaneous generation some come from putrefying earth or vegetable matter, as is the case with a number of insects, while others are spontaneously generated in the inside of animals out of the secretions of their several organs.*

FR *Donc certains animaux proviennent de leurs parents animaux en fonction de leur espèce, tandis que d'autres apparaissent spontanément et non du stock de l'espèce ; et de ces cas de génération spontanée, certains proviennent de la putréfaction de la terre ou de produits végétaux, comme c'est le cas pour un certain nombre d'insectes, alors que d'autres sont spontanément générés à l'intérieur d'animaux à partir de la sécrétion de leurs différents organes.*¹

Le médecin légiste ne devrait pas utiliser de fausse science. Cette dernière est définie par Canguilhem comme suit:

Le propre d'une fausse science, c'est de ne jamais rencontrer le faux, de n'avoir à renoncer à rien, de n'avoir jamais à changer de langage. Pour une fausse science, il n'y a pas d'état pré-scientifique. Le discours de la fausse science ne

¹ Ross W.D., *THE WORKS OF ARISTOTLE*, Oxford, Clarendon Press, 1908, Book V, chapter 1 On the Generation of Animals, p. 1538

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

*peut recevoir de démenti. Bref la fausse science n'a pas d'histoire.*¹

Claude Debru prend comme exemple de fausse science l'astrologie.² Celle-ci peut se réclamer d'une longue observation ayant aidé au développement de l'astronomie mais ses fondements ont été renversés par Nicolas Copernic dès 1543.³ Elle n'a pas, à ma connaissance, la prétention de définir si un suspect est coupable au vu de son thème astral ou de la position des planètes au moment de la survenue de l'acte reproché au mis en cause.

Il en est autrement concernant l'idéologie scientifique qui, se déployant dans le domaine de la non-science, prend pourtant les aspects de la science. C'est cette idéologie scientifique que le tribunal doit démasquer. Claude Debru, citant Canguilhem, la décrit ainsi :

Une idéologie scientifique a une histoire, à savoir une genèse et une fin, et se trouve soumise à l'épreuve de la vérité, lorsqu'elle est « déstituée » par une science qui se substitue à elle. Cependant, lorsque Canguilhem choisit le terme de non-science pour caractériser le domaine d'exercice de l'idéologie scientifique, il prend soin d'expliquer que ce terme, de préférence à celui d'anti-science, contient paradoxalement un rapport à la science qui est fait à la fois d'« exclusion » (la science se substitue à l'idéologie) et d'« imitation » (l'idéologie se veut scientifique).⁴

Un exemple d'idéologie scientifique concerne les recherches initiales sur le « chromosome du crime ». Une étude avait montré que les hommes porteurs d'un chromosome Y surnuméraire étaient plus à même de s'engager dans des comportements déviants violents. Les premiers résultats ont été soigneusement collectés et analysés. Les auteurs de cette « découverte » ont émis des réserves dans leurs conclusions : il leur semblait qu'il pouvait y avoir des biais de sélection et l'échantillon étudié était peut-être trop restreint.⁵ Les études suivantes ne montrèrent pas de lien et démasquèrent cette

¹ Canguilhem Georges, *Idéologie et rationalité dans les sciences de la vie*, Paris, Vrin, 2009, p. 46

² Debru Claude, *Georges Canguilhem, Science et non-science*, Paris, Rue d'Ulm, 2004, p. 76

³ Canguilhem Georges, *Idéologie et rationalité dans les sciences de la vie*, Paris, Vrin, 2009, p. 41

⁴ Debru Claude, *Georges Canguilhem, Science et non-science*, Paris, Rue d'Ulm, 2004, p. 77

⁵ Court, B.W.M. (1968). MALES WITH AN XYX SEX CHROMOSOME COMPLEMENT. *Journal of*

idéologie scientifique.

Savoir ce qui relève de la science et ce qui n'en relève pas est un défi pour le médecin légiste et pour le tribunal. Cette question a provoqué de vifs débats. Un débat actuel consiste à se demander si le syndrome du bébé secoué correspond à de la science ou à une idéologie scientifique appartenant au domaine de la non-science. La polémique a pris en Suède de telles proportions que le Conseil suédois pour l'évaluation des technologies médicales (Statens beredning för medicinsk utvärdering)¹, a déclaré sur son site le 12 mars 2014² entamer un projet en collaboration avec le Conseil national suédois d'éthique médicale (Statens medicinsk-etiska råd)³, pour établir notamment « quelles preuves il y avait pour les différentes méthodes qui conduisent à en poser le diagnostic » (SBU:s rapport ska bland annat belysa vilken evidens det finns för olika metoder att ställa diagnosen).

Je me garderai bien de prendre position sur un sujet aussi complexe qui illustre avant tout une des grandes faiblesses de la médecine légale. Par rapport à d'autres spécialités médicales, elle a une difficulté toute particulière à reconnaître la science et à démasquer une idéologie scientifique du fait d'une impossibilité pratique de reproduire les conditions de surgissement de l'événement en cause, c'est-à-dire la mort. Les pharmacologues ont la capacité de reproduire des conditions expérimentales pour voir si une classe particulière de médicament peut entraîner les effets attendus, par exemple si les bêta-bloquants peuvent faire baisser la tension artérielle. Dans le cadre de la médecine légale, il n'est pas éthiquement soutenable de tuer des personnes pour reproduire les conditions dans lesquelles d'autres personnes sont décédées. Ainsi il est inconcevable de secouer un bébé à mort pour savoir si cela reproduit la triade clinique associée (œdème cérébral, saignements rétiniens, hématome sous-dural). L'expérimentation est allée aussi loin et probablement au-delà de

Medical Genetics, 5 (4), p. 357

¹ Il n'existe pas de traduction française officielle dans *Utrikes namnbok 9:e reviderade upplagan*.

² Statens medicinsk-etiska råd (SMER). (12 mars 2014). *Start för projekt om shaken baby-syndrom, "skakvåld"*. Disponible le 30 avril 2014 sur le site smer.se

³ Il n'existe pas de traduction française officielle dans *Utrikes namnbok 9:e reviderade upplagan*.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

ce qu'il est éthiquement défendable quand Finnie et son équipe ont secoué à mort des agneaux anesthésiés, créant des lésions cérébrales et des saignements rétiniens.¹ La comparaison des jeunes agneaux et des bébés (un cerveau gyrencéphalique et des muscles du cou peu développés) n'a pas convaincu les détracteurs du syndrome du bébé secoué, l'agneau ne pouvant remplacer le modèle humain.

Pour le tribunal en Suède, selon Roberth Nordh, la notion de consensus est importante pour soupeser si les données mises en œuvre sont valides :

SE *Ju mer allmänt accepterade erfarenhetssatserna är inom vetenskapen, desto större anledning finns naturligtvis för domstolen att godta dem som giltiga.*

FR *Plus les kits d'expérience seront largement reconnus au sein de la science, plus il y aura naturellement de raisons pour le tribunal de les accepter comme valides.*

Une notion voisine de l'idée de consensus est la fameuse expression des « données acquises de la science » (tidsaktuell vetenskap², i nivå med vetenskaps aktuella frontlinje³), données acquises car faisant l'objet d'un consensus. Plus largement, on préférera parler de « savoir scientifique stabilisé », c'est-à-dire de connaissances qui ont fait l'objet d'un consensus provisoire entre des valeurs sociales, scientifiques et juridiques, mais qui peuvent être remises en cause. Dans le cas contraire, on parlera de « savoir scientifique non stabilisé ».

La Cour suprême américaine a tenté, par la trilogie Daubert, d'aller au-delà du consensus prôné par le standard Frye comme critère de détermination de la preuve scientifique recevable au

¹ Finnie, J.W., Blumbergs, P.C., Manavis, J., Turner, R.J. et al. (2012). NEUROPATHOLOGICAL CHANGES IN A LAMB MODEL OF NON-ACCIDENTAL HEAD INJURY (THE SHAKEN BABY SYNDROME). *J Clin Neurosci*. 19 (8), 1159-1164.

² Expression utilisée dans Rättsmedicinalverket. (1^{er} avril 2014). Ledningssystem för RMV, Interna föreskrifter och riktlinjer, *Rättsmedicinalverkets riktlinjer för expertrollen i rättsprocessen*. Utgåva nr : 1, Dokument : IFR3 04, citation du document avec l'aimable autorisation de Ingela Dahlin

³ Expression utilisée à la page 6 du chapitre 4.2 *Rättsläkaren som sakkunnig på vetenskaplig basis* dans Rättsmedicinalverket. (mai 2006). *Rättsmedicinalverkets interna föreskrifter och riktlinjer Nr 2006-05, Rättsläkarens roll i rättsprocessen*. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

cours du procès. L'arrêt Daubert, qui sera quelques années plus tard complété par deux autres, est une aide décisive de par le monde pour aider les tribunaux à différencier science et non-science. La trilogie Daubert laisse au tribunal une latitude importante pour déterminer ce qui relève ou non de la science. Cette frontière, pouvant apparaître comme floue, pourra conduire deux tribunaux à avoir des évaluations divergentes dans une même affaire.

Je vais rapidement aborder le standard Frye puis m'étendre sur cette trilogie.

Le standard de Frye et la trilogie Daubert

Le standard de Frye (1923) : principe de subsidiarité, qualification de l'expert et consensus au sein de la communauté scientifique

Le standard de Frye (*Frye standard*, *Frye test* ou encore *general acceptance test*), plus que de simplement définir le champ de la science admissible/recevable au cours du procès, énumère deux autres conditions de l'intervention légitime de l'expert : le principe de subsidiarité - où l'expert intervient quand les expériences/connaissances communes ne suffisent pas, l'utilisation de connaissances/expériences spéciales (*speciella erfarenhetssatser*) étant requises - et la qualification de celui-ci. La qualification de l'expert n'a pas besoin d'être formelle (sanctionnée par un diplôme) mais elle me semble plus une condition nécessaire que suffisante pour qu'un élément de preuve émis par un expert soit admissible : sa seule autorité ne devrait pas suffire. L'admissibilité de la preuve scientifique est conditionnée à un consensus assez grand au sein de la communauté scientifique. Cette triade du standard est évoquée dans cet extrait de l'arrêt *Frye contre États-Unis* rendu le 3 décembre 1923 par la Cour d'Appel du district de Colombie :

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

EN *The rule is that the opinions of experts or skilled witnesses are admissible in evidence in those cases in which the matter of inquiry is such that inexperienced persons are unlikely to prove capable of forming a correct judgment upon it, for the reason that the subject-matter so far partakes of a science, art, or trade as to require a previous habit or experience or study in it, in order to acquire a knowledge of it. When the question involved does not lie within the range of common experience or common knowledge, but requires special experience or special knowledge, then the opinions of witnesses skilled in that particular science, art, or trade to which the question relates are admissible in evidence. Numerous cases are cited in support of this rule. Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained **general acceptance** in the particular field in which it belongs [my emphasis].*

FR *La règle est que les opinions d'experts ou de témoins qualifiés sont admissibles en tant que preuve dans les cas où le cadre de l'enquête est tel que des personnes inexpérimentées ne sont pas susceptibles d'être capables de former un jugement correct [concernant les données de l'enquête] pour la raison que le sujet en question participe d'une science, d'un art ou d'un commerce qui réclament une habitude, une expérience ou une étude préalable de celle-ci, afin d'avoir acquis une connaissance à son sujet. Lorsque la question en cause ne reste pas confinée aux limites de l'expérience commune ou du savoir commun mais nécessite une expérience spéciale ou un savoir spécial, alors les opinions des témoins qualifiés dans cette science/cet art/ce commerce auxquels la question est reliée sont admissibles en tant qu'élément de preuve.*

*De nombreux cas sont cités à l'appui de cette règle. Il est toutefois difficile de préciser parfois quand un principe ou une découverte scientifique franchit la ligne entre les étapes expérimentales et celles qui sont démontrables. La force probante de ce principe doit être reconnue quelque part dans cette zone grise et pendant que les tribunaux sont prêts à aller très loin pour admettre le témoignage d'un expert qui se base sur un principe ou une découverte scientifiquement bien établies, la chose à partir de laquelle la déduction est faite, doit être suffisamment établie pour avoir été **largement reconnue** [ma mise en gras] au sein du domaine particulier à laquelle elle appartient.¹*

Cette jurisprudence a rejeté le détecteur de mensonge(s) en tant que moyen d'obtenir une preuve

¹ Frye v. United States. 293 F. (D.C.. Cir 1923)

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

dans la mesure où cette technique n'avait pas été reconnue comme scientifique par une proportion suffisante de physiologistes et de psychologues pour justifier de son admission en tant que preuve par le tribunal.

La question (et le poison) du consensus est posée par ce test. Quand commence un consensus ? Quand 100% des spécialistes du domaine concerné sont d'accord (unanimité) ? Ou alors 99% ? Ou bien 90%, voire moins ? Je n'ai pas de réponse à cette question. Un consensus scientifique accepté par la société et le monde juridique conduit toutefois à un accord entre différents groupes mais ne correspond pas à un mode d'établissement de la vérité.

La trilogie Daubert (1993-1999) et l'épistémologie poppérienne (1959)

La trilogie Daubert est un ensemble de trois jurisprudences que je vais aborder tour à tour:

- Daubert contre Merrell Dow Pharmaceutical, décision de la Cour d'Appel de la neuvième circonscription en date du 28 juin 1993
- General Electrics contre Joiner, décision de la Cour d'Appel de la onzième circonscription en date du 15 décembre 1997
- Kumho Tire contre Carmichael, décision de la Cour d'Appel de la onzième circonscription en date du 23 mars 1999

Daubert contre Merrell Dow Pharmaceutical (premier arrêt de la trilogie Daubert)

Les parents de Jason Daubert et d'Eric Schuller attaquent la société Merrell Dow Pharmaceuticals estimant que le Bendectin, un anti-vomitif, a été à l'origine de graves malformations congénitales

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

chez leurs enfants. Ils estiment que les règles fédérales de preuve remplacent le standard Frye. La Cour leur donnera raison:

EN *[The petitioners]* contend that the Frye test was superseded by the adoption of the Federal Rules of Evidence. We agree.

FR *[Les pétitionnaires]* soutiennent que le critère de Frye a été remplacé par l'adoption des règles fédérales de preuve. Nous sommes d'accord.¹

À partir de là, la Cour estime que les règles fédérales de preuve en vigueur ne reprennent pas le standard Frye qui s'avère trop rigide :

EN *Nothing in the Rules as a whole or in the text and drafting history of Rule 702, which specifically governs expert testimony, gives any indication that “general acceptance” is a necessary precondition to the admissibility of scientific evidence. Moreover, such a rigid standard would be at odds with the Rules’ liberal thrust and their general approach of relaxing the traditional barriers to “opinion” testimony.*

FR *Rien dans les Règles dans leur ensemble ou dans le texte, ni même l’histoire de l’élaboration de la règle 702 qui régit spécifiquement le témoignage de l’expert, ne donnent d’indication que « l’acceptation générale » est une condition préalable nécessaire à la recevabilité d’une preuve scientifique. En outre, une telle norme rigide serait en contradiction avec l’orientation libérale des règles et leur approche générale visant à amoindrir les obstacles traditionnels concernant le témoignage d’« opinion ».*²

Dans cet arrêt, j’ai choisi de présenter les critères pour qu’une preuve soit recevable en quatre groupes : obéissance à la règle fédérale 702 (1), falsifiabilité de Popper (2), autres critères (3) et rôle éventuel du critère de consensus - *general acceptance* – (4). Les critères ne sont pas tous

¹ Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), p. 587

² Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), p. 579

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

nécessaires.

1. Référence à la règle 702.

La règle 702 est citée *in extenso* dans sa dernière actualisation :

EN Rule 702. Testimony by expert witnesses

A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:

- (a) The expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;*
- (b) The testimony is based on sufficient facts or data;*
- (c) The testimony is the product of reliable principles and methods; and*
- (d) The expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.*

FR Règle 702. Témoignage des experts

Un témoin qui est qualifié en tant qu'expert de par ses connaissances, ses talents, son expérience, son entraînement ou sa formation peut témoigner sous la forme d'une évaluation ou autrement si:

- (a) Les connaissances scientifiques, techniques ou autrement spécialisées aideront le juge des faits à comprendre les éléments de preuve ou à déterminer un fait en litige;*
- (b) Le témoignage est basé sur assez de faits et de données ;*
- (c) Le témoignage est le produit de principes et de méthodes auxquels on peut se fier et*
- (d) L'expert a appliqué de manière fiable les principes et méthodes aux faits du cas d'espèce.¹*

La règle 702 met en exergue les connaissances et l'expérience nécessaires pour qualifier l'expert.

On doit pouvoir compter sur sa science (elle doit être fiable - *reliable*, adjectif correspondant à la

¹ Federal rules of evidence, Public law 93-594-JAN. 2, 1975, Rule 702. Testimony by expert witnesses (As amended Apr. 17, 2000, eff. Dec. 1, 2000; Apr. 26, 2011, eff. Dec. 1, 2011)

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

page 590 de l'arrêt Daubert) et pouvoir produire des résultats cohérents (Does application of the principle produce consistent results?). (a) souligne le rôle déterminant du juge dans la mesure où l'expert est seulement une aide qui lui est apportée pour comprendre un élément de preuve ou pour prendre position concernant un fait litigieux. Le juge a également un rôle de garde-fou (*gatekeeping function*) car c'est à lui d'évaluer si l'expert et son expertise seront retenus pour contribuer à la décision de l'acte de jugement.

L'application correcte d'une « bonne science » (*good science*) est aussi soulignée. La Cour prend en exemple les phases de la lune. Ce n'est pas parce qu'une observation minutieuse est correcte qu'elle est utilisable au tribunal. Ainsi, ce n'est pas parce qu'on peut déterminer que la lune était pleine une certaine nuit que cela va être pour autant un élément pour le juge pour déterminer si une personne était plus à même de se comporter de manière inhabituellement irrationnelle cette nuit-là :

EN *However (absent creditable grounds supporting such a link), evidence that the moon was full on a certain night will not assist the trier of fact in determining whether an individual was unusually likely to have behaved irrationally on that night.*

FR *Malgré tout, (en l'absence de fondements crédibles de fondement d'une telle corrélation), la preuve que la lune était pleine une certaine nuit n'aidera pas le juge des faits à déterminer si un individu était de manière inhabituelle plus à même de se comporter de manière irrationnelle cette nuit-là.*¹

D'autres règles (104a, 703...) sont citées dans cet arrêt mais ne sont pas détaillées ici.

¹ Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), p. 591

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

2. La science concernée a été testée de manière empirique : examiner si la théorie est testable et falsifiable.

La Cour cite Popper pour introduire le critère de falsifiabilité :

EN *[T]he criterion of the scientific status of a theory is its falsifiability, or refutability, or testability.*

FR *Le critère du statut scientifique d'une théorie est sa falsifiabilité, ou réfutabilité, ou testabilité.*¹

Je prendrai deux exemples de raisonnement infalsifiable.

Je peux établir que la saignée est un remède qui guérit tous les maux. Si un patient sur qui j'ai pratiqué une saignée guérit, cela confirme que c'est grâce à celle-ci. S'il décède, c'est que sa maladie était au-delà de toute ressource thérapeutique et donc que la saignée est tout de même un remède infaillible.

Un autre exemple concerne les dessins d'enfants en cas de suspicion d'agression/d'atteinte sexuelle. Underwager et Wakefield ont montré que parmi plusieurs centaines de dessins d'enfants, aucun ne pouvait indiquer que le suspect n'était pas coupable.² Tout dessin était forcément la preuve d'une agression. Les auteurs citent l'exemple d'un enfant se dessinant les bras en l'air pour saluer son père. Un psychologue a estimé que cela démontrait que l'enfant appelait à l'aide. L'enfant qui avait toujours nié les faits apportait inconsciemment la preuve du viol perpétré sur sa personne, même si consciemment il voulait saluer son père. Une expertise était réalisée dans le même temps sur le père. Qu'il soit calme, déprimé, en colère, vindicatif, sans réaction, catatonique, qu'il nie, qu'il se

¹ Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), p. 593, référence à Popper Karl, *CONJECTURES AND REFUTATIONS: THE GROWTH OF SCIENTIFIC KNOWLEDGE*, Londres, Routledge, 1989, p. 37

² Underwager, R., & Wakefield H. (1994). A PARADIGM SHIFT FOR EXPERT WITNESSES. Dans J.J. Krivacska & J. Money (Édit.), *Handbook of Forensic Sexology* (p. 541- 558). Buffalo, New York : Prometheus Books.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

maîtrise, qu'il pleure, qu'il soit abattu, tout démontrait sa culpabilité. L'hypothèse de la maltraitance était systématiquement retenue.

3. Autres critères cités

La science en question doit avoir été soumise à revue par les pairs (peer-review) et à publication¹, le taux d'erreur connu ou potentiel d'une technique scientifique particulière doit être connu et des standards contrôlant la réalisation de la technique doivent exister et être maintenus.²

4. Le critère de consensus (general acceptance)

Enfin, le critère de consensus (general acceptance) peut tout de même avoir une incidence sur l'enquête/la procédure, non en tant que critère déterminant mais comme un élément en arrière-plan.

General Electrics contre Joiner (deuxième arrêt de la trilogie Daubert)

Robert Joiner avait travaillé tour à tour pour Monsanto, General Electric et Westinghouse Electric. Il estimait que le cancer du poumon à petites cellules dont il souffrait avait été déclenché par son exposition professionnelle au polychlorobiphényle (PCB) et à ses dérivés.

Dans l'arrêt *General Electric contre Joiner*, la Cour a estimé qu'un juge de Cour d'appel peut exclure le témoignage d'un expert s'il estime que la science mise en œuvre n'est pas en rapport avec les faits examinés. Cet arrêt a ainsi confirmé que la norme de contrôle d'abus de pouvoir

¹ Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), p. 593

² Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), p. 594

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

(abuse-of-discretion standard of review) est adaptée pour examiner si le témoignage d'un expert est admissible. Dans les données scientifiques présentées, le modèle animal était trop éloigné du cas de Robert Joiner et les articles ne concluaient pas à un lien observé entre l'exposition au PCB et à ses dérivés d'une part et le cancer du poumon à petites cellules d'autre part :

EN *The animal studies cited by respondent's experts were so dissimilar to the facts presented here - i. e., the studies involved infant mice that developed alveologenic adenomas after highly concentrated, massive doses of PCB's were injected directly into their peritoneums or stomachs, whereas Joiner was an adult human whose small-cell carcinomas allegedly resulted from exposure on a much smaller scale - that it was not an abuse of discretion for the District Court to have rejected the experts' reliance on those studies. (...) The authors of two of those studies ultimately were unwilling to suggest a link between increases in lung cancer and PCB exposure among the workers they examined, the third study involved exposure to a particular type of mineral oil not necessarily relevant here, and the fourth involved exposure to numerous potential carcinogens in addition to PCB's.*

FR *Les études sur l'animal citées par l'expert du défendeur étaient trop éloignées des faits présentés ici – c'est-à-dire des études impliquant des bébés souris qui avaient développé des adénomes alvéologéniques après que des doses très importantes et hautement concentrées de PCB aient été directement injectées dans leur péritoine ou leur estomac, alors que Joiner était un être humain dont le cancer à petites cellules était allégué résulter d'une exposition à une bien plus petite échelle – pour que ce fût un abus de pouvoir de la part de la Cour de première instance de ne pas avoir accordé la confiance que les experts témoignaient envers ces études. (...) Les auteurs de deux de ces études étaient finalement peu disposés à suggérer un lien entre l'augmentation du cancer du poumon et l'exposition au PCB parmi les travailleurs qu'ils ont examinés, la troisième étude [pour sa part] impliquait l'exposition à un type particulier d'huile minérale qui n'était pas nécessairement pertinente ici, et la quatrième impliquait une exposition à de nombreux carcinogènes potentiels, au nombre desquels le PCB.¹*

¹ General Electric Co. v. Joiner (96-188), 522 U.S. 136 (1997), p. 137

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Kumho Tire contre Carmichael (troisième arrêt de la trilogie Daubert)

Patrick Carmichael conduisait un véhicule quand un des pneus éclata. Il y eut un mort. Les survivants du véhicule et le représentant du décédé poursuivirent le fabricant et son distributeur, Kumho Tire, sous prétexte de défaut de conception du pneu qui avait éclaté. Ils avaient pour soutien l'expertise de Dennis Carlson Jr, qui, après une inspection visuelle et tactile du pneu, avait conclu à un défaut. Il se basait sur la théorie que, en l'absence d'au moins deux symptômes physiques spécifiques indiquant une usure du pneu, l'éclatement du pneu était dû à un défaut de conception.¹

Il y eut une discussion pour savoir si les critères Daubert devaient s'appliquer à ce type d'expertise qui n'était pas « scientifique » mais basée sur des « compétences et de l'expérience » (skills or experience based).² Une autre question était de savoir si la fonction de *garde-fou* (gatekeeping) du juge s'appliquait également aux expertises scientifiques et à celles qui ne le sont pas. La Cour répondit par l'affirmative à ces deux questions:

EN *The Daubert factors may apply to the testimony of engineers and other experts who are not scientists. (...) The Daubert "gatekeeping" obligation applies not only to "scientific" testimony, but to all expert testimony. Rule 702 does not distinguish between "scientific" knowledge and "technical" or "other specialized" knowledge, but makes clear that any such knowledge might become the subject of expert testimony.*

FR *Les critères Daubert peuvent être appliqués au témoignage des ingénieurs et autres experts qui ne sont pas des scientifiques. (...) L'obligation Daubert de garde-fou (gatekeeping) ne s'applique pas uniquement au témoignage « scientifique » mais à tous les témoignages d'expert. La règle 702 ne fait pas la distinction entre le savoir « scientifique » et technique et les autres savoirs spécialisés, mais indique clairement que tout type de*

¹ Kumho Tire Co. v. Carmichael (97-1709) 526 U.S. 137 (1999), p. 137

² Kumho Tire Co. v. Carmichael (97-1709) 526 U.S. 137 (1999), p. 138

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

*savoir/connaissance peut être à l'origine du témoignage d'un expert.*¹

Cet arrêt souligne que quatre des critères Daubert doivent être considérés comme illustratifs et que d'autres facteurs pourraient être en faveur de l'admissibilité d'éléments de preuve :

EN Daubert should be applied flexibly, that its four factors [testing, peer review, error rates, and "acceptability" in the relevant scientific community] were simply illustrative, and that other factors could argue in favor of admissibility.

*FR Les critères Daubert devraient être appliqués de manière flexible, que ses quatre facteurs [test, revue par les pairs, taux d'erreur et « acceptabilité » au sein de la communauté scientifique concernée] étaient seulement illustratifs et que d'autres facteurs pouvaient intervenir en faveur de l'admissibilité [de l'expertise examinée].*²

Le glissement du standard Frye (general acceptance) vers celui plus complexe de la trilogie Daubert est parfois utilisé méthodologiquement en Suède par le médecin légiste pour mieux comprendre quel type d'élément scientifique est admissible dans le cadre de la procédure judiciaire. La falsifiabilité issue de l'épistémologie de Karl Popper devient la notion standard. On pourrait toutefois se demander si ce critère devrait être le meilleur critère ou également un critère capable à lui seul de disqualifier une expertise. La question reste ouverte.

Critères Daubert et sciences forensiques

Le critère de falsifiabilité va donc inclure ou exclure certaines pratiques forensiques du champ de la science.

Faigman fait une liste de ce qu'il estime être les quatre critères « Daubert » :

¹ Kumho Tire Co. v. Carmichael (97-1709) 526 U.S. 137 (1999), p. 138

² Kumho Tire Co. v. Carmichael (97-1709) 526 U.S. 137 (1999), p. 137

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

1. La théorie a été testée et il existe un taux d'erreur potentiel.
2. Existence de publications et de revue par les pairs sur les méthodes utilisées
3. Existence et maintien de standards qui peuvent attester de la validité de la méthode
4. Existence d'un consensus (general acceptance)

Selon lui, les critères (2) et (4) sont généralement satisfaits. Ce sont le plus souvent les critères (1) et (3) qui font défaut. Puis il évalue les différentes sciences forensiques en fonction de ces critères :

- l'identification par morsure ne remplirait par les critères (1) et (3)¹
- la balistique ne remplirait pas les critères (1) et (3) mais le pourrait si des tests de compétence (proficiency tests) étaient réalisés. Le problème de la balistique est que les critères sont hautement subjectifs. La taille de la balle, son diamètre et la largeur de l'arme sont des exemples d'éléments objectifs. Mais savoir si une balle a été tirée avec une arme particulière relève essentiellement d'une expérience qui ne peut provenir des livres. Ainsi il est difficile de transférer la faculté d'un examinateur à un autre pour l'interprétation des images microscopiques.²
- l'étude du verre : Le critère 3 ne serait pas rempli car les études sur le taux d'erreur font défaut.³
- l'étude des cheveux ne satisferait pas aux critères (1) et (3). Le taux d'erreur n'est pas connu.⁴
- l'étude des fibres : Les critères (1) et (3) ne seraient pas vraiment remplis. Le taux d'erreur de la méthode est inconnu. La validité de l'interprétation de la signification de l'assortiment d'une fibre avec un élément de preuve n'a pas été sujette à un test systématique du type prôné par Daubert.⁵

¹ Faigman David L., Kaye David H., Saks Michael J., Sanders Joseph, *SCIENCE IN THE LAW: FORENSIC SCIENCE ISSUES*, St. Paul, West Group, 2002, p. 45

² Faigman David L., Kaye David H., Saks Michael J., Sanders Joseph, *SCIENCE IN THE LAW: FORENSIC SCIENCE ISSUES*, St. Paul, West Group, 2002, p. 46-47

³ Faigman David L., Kaye David H., Saks Michael J., Sanders Joseph, *SCIENCE IN THE LAW: FORENSIC SCIENCE ISSUES*, St. Paul, West Group, 2002, p. 34

⁴ Faigman David L., Kaye David H., Saks Michael J., Sanders Joseph, *SCIENCE IN THE LAW: FORENSIC SCIENCE ISSUES*, St. Paul, West Group, 2002, p. 34

⁵ Faigman David L., Kaye David H., Saks Michael J., Sanders Joseph, *SCIENCE IN THE LAW: FORENSIC SCIENCE ISSUES*, St. Paul, West Group, 2002, p. 36

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

- Les empreintes digitales satisferaient aux critères Daubert.¹
- L'étude de la terre et des minéraux² d'une part et l'écriture³ (qui se situe hors du champ de la science pour un nombre croissant de Cours américaines) d'autre part, ne satisferaient pas aux critères (1) et (3).

Faigman insiste toutefois sur le fait que sortir du champ de la science selon Daubert ne signifie pas que ce qui est mis en avant est pour autant inutile :

EN *The fact that something is more of an art than a science does not automatically render it disreputable.*

FR *Le fait que quelque chose relève plus d'un art que d'une science ne le rend pas pour autant déshonorant.*⁴

Faigman prend pour exemple le médecin qui fait le diagnostic clinique de la grippe sans usage de science.

En conclusion, on attendra de l'expert d'utiliser le plus souvent une science qui satisfait aux critères Daubert. Si elle ne remplit pas tous les critères et qu'elle peut relever d'une idéologie scientifique, le médecin légiste devra communiquer ses réserves au tribunal pour lui donner les moyens de faire sa propre évaluation quant à la recevabilité des éléments de preuve présentés. Le médecin légiste n'est hélas pas en mesure de présenter dans toutes les situations – et loin s'en faut - une science satisfaisant à l'ensemble des critères Daubert.

¹ Faigman David L., Kaye David H., Saks Michael J., Sanders Joseph, *SCIENCE IN THE LAW: FORENSIC SCIENCE ISSUES*, St. Paul, West Group, 2002, p. 40.

² Faigman David L., Kaye David H., Saks Michael J., Sanders Joseph, *SCIENCE IN THE LAW: FORENSIC SCIENCE ISSUES*, St. Paul, West Group, 2002, p. 41

³ Faigman David L., Kaye David H., Saks Michael J., Sanders Joseph, *SCIENCE IN THE LAW: FORENSIC SCIENCE ISSUES*, St. Paul, West Group, 2002, p. 42

⁴ Faigman David L., Kaye David H., Saks Michael J., Sanders Joseph, *SCIENCE IN THE LAW: FORENSIC SCIENCE ISSUES*, St. Paul, West Group, 2002, p. 42

3. LE SAPITEUR* (SAPITOR/SAPITÖR)

Présentation générale

En recherchant la définition du mot sapiteur dans le Grand Larousse Universel de 1982, on retrouve son origine latine médiévale : « n.m. (latin médiéval *sapitor*, du latin classique *sapere*, savoir) ». L'absence de concept équivalent en suédois nécessite l'adoption d'une traduction. On peut reprendre le terme latin *sapitor* en suédois ou le suédiser en *sapitör* (se prononce « sapiteur »). Les traductions en anglais les plus fréquentes sont *specialized assessor*, *specialist advisor* et *external advisor*.¹ Hélas ces traductions ne prennent pas en compte la dimension de « l'expert de l'expert » conférée au mot « sapiteur » dans l'expertise médico-judiciaire.

Le sapiteur, en France, est le détenteur d'un savoir spécialisé qui peut par exemple aider un médecin légiste dans le cadre d'une expertise médico-judiciaire. Le sapiteur est le plus souvent un médecin d'une autre spécialité mais on pourrait également considérer comme sapiteur un balisticien ou un accidentologue qui aide un médecin légiste au cours d'une autopsie. Le sapiteur peut être de la même spécialité que le médecin qui rédige le rapport mais dans ce cas il doit faire preuve d'une connaissance et/ou d'une expérience particulière(s) supplémentaire(s) pour avoir une légitimité à intervenir en plus de l'expert. Le sapiteur en sait plus que l'expert dans le domaine où ce dernier fait appel à lui et/ou il dispose d'une technique à laquelle l'expert n'a pas seul accès. Toutefois c'est bien l'expert qui établit les conclusions. Le sapiteur n'est pas co-expert et par là il n'est pas co-signataire du rapport final.

L'expert se trouve donc précisément avec le sapiteur dans le même rapport que le juge entretient avec lui : la légitimité de l'intervention du sapiteur par rapport à l'expert est qu'il obéit au

¹ Traduction proposées par J. Robert Gandur, expert agréé par la Cour de cassation, dans son intervention orale intitulée *Introduction to the judiciary expertise in France*, Meeting of the Franco-British Lawyers Society, Londres, 9 mai 2000

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

principe de subsidiarité. L'expert doit évaluer quel type de rationalité et quels moyens le sapiteur utilise pour parvenir à ses conclusions pour savoir s'il peut - et comment il va - les intégrer dans son rapport. Le sapiteur en sait davantage dans un certain domaine mais c'est l'expert qui prend la décision finale, décision qui aura des conséquences par ricochet sur l'évaluation par le juge de l'expertise. C'est pour cela qu'en cas de doute, le tribunal souhaitera entendre l'expert et son/ses sapiteur(s).

Quant au sapiteur, c'est un « expert de l'expert » qui est confronté aux mêmes dilemmes que ceux auxquels le médecin légiste doit faire face : dépendance vis-à-vis de la robustesse* de l'enquête, nécessité de voir si ses conclusions sont congruentes avec les autres faits tangibles mis à jour, position par rapport à la neutralité axiologique, ruine du colloque singulier et piège de la compassion, relation circulaire entre faits et valeurs, choix des outils utilisés avec risque que son évaluation transite directement dans le rapport de l'expert sans avoir été évaluée de manière critique par son rédacteur. Comme le juge, l'expert est limité dans son analyse par la capacité de l'expert à faire surgir les faits tangibles : il ne pourra pas se prononcer sur des faits tangibles que le sapiteur n'aura pas réussi à faire surgir. Enfin, comme pour le juge, le médecin légiste a le dernier mot vis-à-vis du sapiteur, même si, comme dans la relation juge-médecin légiste, le médecin légiste doit se justifier lorsqu'il choisit de s'écarter des conclusions du conseil qu'il a sollicité.

Qui sont les sapiteurs en médecine légale en Suède ?

Le médecin légiste fait appel à un sapiteur pour effectuer des tâches qu'il ne peut pas réaliser lui-même, essentiellement pour des raisons techniques. Il peut également le solliciter lorsque l'interprétation de ces faits lui est difficile en raison d'une nécessité de connaissances et/ou d'expérience particulière(s) qu'il ne maîtrise pas complètement :

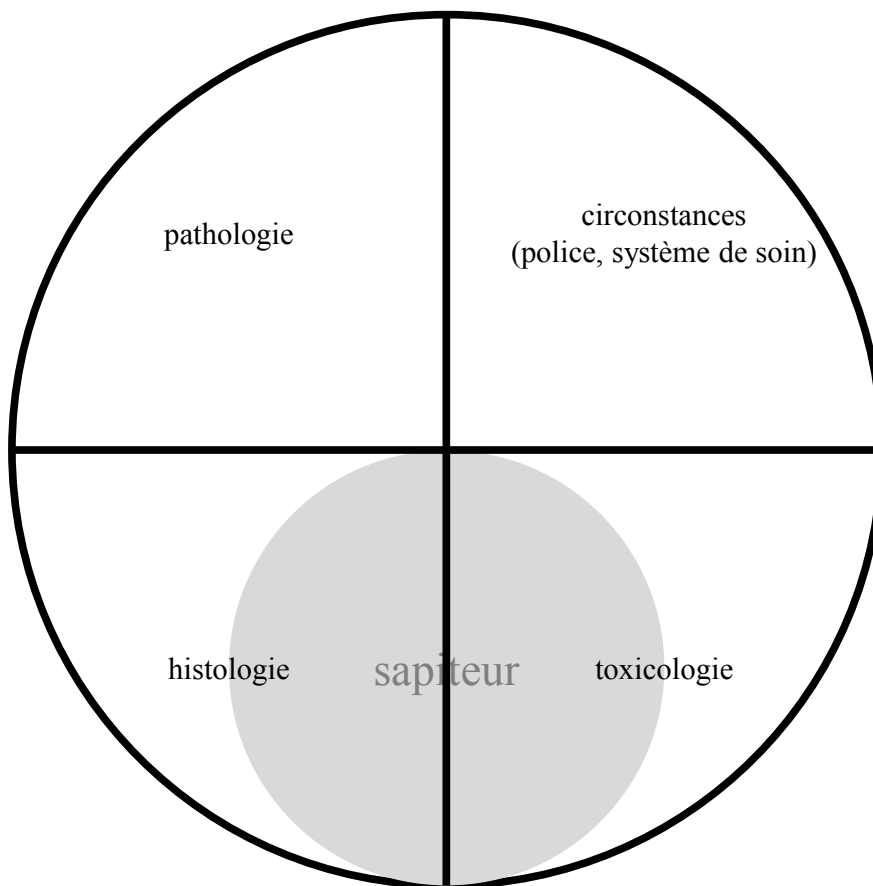
Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

- chimie médico-légale : analyse toxicologique (dosage de l'alcool, de médicaments, de narcotiques), recherche de diatomées (algues microscopiques) dans les poumons et dans l'eau où un cadavre a été retrouvé,
- génétique médico-légale : analyse génétique pour découverte de maladies ou d'un profil enzymatique hépatique favorisant un surdosage médicamenteux à dose ingérée normale,
- anatomo-pathologie* du cerveau : recherche de micro-lésions axonales, épilepsie, évaluation du caractère rapide ou non du décès par manque d'oxygène,
- odontologie médico-légale essentiellement en matière d'identification,
- anthropologie : par exemple datation de restes osseux (éteint une éventuelle action pénale si les os sont très anciens).

Ingemar Thiblin estime qu'il y a quatre piliers en thanatologie médico-légale : la pathologie (les observations macroscopiques), l'histologie (les observations microscopiques), la toxicologie et les circonstances.¹ Une bonne évaluation a pour condition de comprendre comment les quatre se coordonnent dans un cas d'espèce. Le renforcement d'un pilier ne remplace pas l'absence d'un autre : faire l'impasse sur des circonstances recueillies dans un dossier médical ne peut pas être remplacé par la multiplication des prélèvements de tissus, cela permet tout au plus de chercher à l'aveugle.

¹ Ingemar Thiblin, intervention orale intitulée *Forensic aspects*, Post graduate course in cardiac pathology, Uppsala, 27 mars 2014.

Situation du *sapiteur*
dans les quatre piliers de la médecine légale de Ingemar Thiblin



Il est remarquable de voir qu'un des piliers relève essentiellement du domaine de l'enquête de police (circonstances) et qu'un autre relève essentiellement du sapiteur (toxicologie). Le médecin légiste maîtriserait essentiellement les piliers de la pathologie et de l'histologie* (hors étude du cerveau). Cet état de fait est atténué par le comportement des sapiteurs en Suède qui ont une très forte volonté de transmettre leurs connaissances et leur expérience aux médecins légistes, organisant des formations auprès de ces derniers.

Le sapiteur toxicologue a une attitude systématisée pour laisser la possibilité au médecin légiste de faire sa propre évaluation : formation de trois jours de tous les médecins légistes, transmission régulière de documents actualisant les connaissances, intervention en amont dès que le

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

médecin légiste peut rencontrer des difficultés d'interprétation, ligne téléphonique pour appeler en cas de problème d'interprétation. Les toxicologues ont adopté par ailleurs une rationalité correspondant à une logique par interrelation systématique qu'ils appliquent de manière explicite : au-delà des règles générales de toxicité à l'échelle de la population (données épidémiologiques qu'ils réalisent et actualisent, un seul département de la Direction nationale de la médecine légale ayant le monopole de la toxicologie médico-légale en Suède), le diagnostic d'overdose peut être envisagé sous un certain nombre de conditions qui sont propres au défunt (retour sur les circonstances avec parfois existence d'un phénomène de tolérance, recherche d'un profil enzymatique hépatique particulier, facteur de comorbidités...).

Dans un entretien avec la police, le chef de ce département, le Professeur Johan Ahlner déclarera ainsi à la police qu'une des conditions de l'empoisonnement de Linnea par thiopental dans l'affaire dite de l'hôpital Astrid Lindgren est l'absence de prise de cet anesthésique dans les jours précédents. En disant à la police que l'administration préalable de thiopental est une possibilité sur laquelle il y a lieu d'enquêter, il me semble qu'il indique que la recherche de cette absence de contact avec la substance les jours précédents est hors de son champ de compétence mais qu'elle est une condition nécessaire au diagnostic.¹

Pour clore ce passage en revue des outils que le médecin légiste a à sa disposition pour élaborer ses conclusions, on retiendra que le déplacement du pouvoir normatif correspond avant tout à la présentation du sens commun et des connaissances communes/expériences communes utilisées de manière exclusive érigées en science. Ce déplacement va à l'encontre du standard Frye et fait passer ce que chacun sait comme une science prétendant à remplir les critères Daubert. Il faut en expertise en effet au moins un fait nouveau/une information nouvelle amené(e) par le médecin légiste qui

¹ Gunarsdotter Sara, *3 ml om ett blodprov och ett åtal*, Stockholm, Läkartidningen Förlag, 2012, p. 48

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

confirme le sens commun pour satisfaire au critère de subsidiarité, condition de la légitimité du médecin légiste à intervenir dans la procédure judiciaire. Ce dernier doit si besoin expliquer comment il a fait son évaluation si celle-ci n'est pas transparente.

Je vais à présent exposer comment le choix de ces outils détermine le modèle sociologique de l'expertise médico-judiciaire et ainsi les rapports que peuvent entretenir médecin légiste et juge par rapport à l'acte de jugement.

B. LES TROIS MODELES SOCIOLOGIQUES DE L'EXPERTISE MEDICO-JUDICIAIRE

Les trois modèles sociologiques de l'expertise dans la relation politique-expert ont été décrits par Jürgen Habermas en 1968 dans *La technique et la science comme « idéologie »*. On distingue :

- le modèle technocratique : celui qui sait décide seul
- le modèle décisionniste : celui qui a le pouvoir de décider décide seul
- le modèle pragmatique : celui qui sait et celui qui a le pouvoir de décider décident ensemble

La première difficulté de ces modèles est que deux d'entre eux, le technocratique et le pragmatique, ne sont pas directement transposables de manière formelle en droit pénal. Habermas et Weber, sur lesquels je vais m'appuyer pour raisonner, ont séparé leur réflexion du politique et du droit car ils estimaient visiblement que l'on ne pouvait pas traiter ces sujets de manière similaire.

Le premier écueil concernant Habermas est que son œuvre est monumentale et qu'il est risqué d'extrapoler ses points de vue. Même si Putnam semble lui avoir fait ce reproche, il me semble, à la lecture de *Droit et Démocratie*, que le Habermas de 1993 ne dissocie pas les faits et les valeurs ni dans l'acte de jugement ni dans l'intervention d'experts dans le cadre d'une décision

politique.¹

Habermas n'a visiblement pas souhaité s'intéresser dans *Droit et Démocratie* au droit pénal car il « évite [...] de [se] rattacher à une philosophie du droit qui [...] n'a cessé de trouver son centre de gravité dans les seules controverses relatives aux fondements du droit pénal »². Habermas renvoie ainsi le lecteur à un article du Professeur Klaus Günther, membre de son équipe dans le cadre du programme Leibniz³ à qui il laisse le soin d'envisager l'éventuelle utilisation de l'éthique de la discussion au cours du fondement des normes pénales.⁴

On trouve dans la littérature des analyses du droit pénal dans *Droit et Démocratie*⁵ alors que c'est dans ce livre que Habermas renonce à traiter la question ! Lors d'une lecture systématique, le lecteur attentif trouvera dans cet ouvrage des bribes concernant le droit pénal. Je citerai quelques-uns de ces passages mais en ayant conscience que je les fais sortir de leur contexte et qu'ils ne rentrent pas dans le cadre d'un raisonnement consacré au droit pénal.

Quant à la légitimité en droit et à son lien avec la rationalité, elle est étudiée par Habermas dans le sens de l'établissement des normes juridiques et non de leur application. On pourrait penser que la règle suivante pourrait s'appliquer à l'acte de jugement :

*Peuvent prétendre à la légitimité, parmi les modes d'action et les réglementations, précisément ceux et celles que toutes les personnes susceptibles d'être concernées pourraient approuver en participant à des discussions rationnelles.*⁶

¹ Habermas parle de « l'idée peu réaliste que le savoir des spécialistes, mobilisé à des fins professionnelles, pourrait être isolé des valeurs et des considérations morales ». Il poursuit: « Dès que le savoir spécialisé est mis à contribution pour résoudre des problèmes de régulation significatifs du point de vue politique, l'empreinte inévitablement normative de ce savoir se fait sentir et déclenche parmi les experts eux-mêmes des controverses à effet polarisant. » Voir Habermas Jürgen, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 378

² Habermas Jürgen, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 9

³ Habermas Jürgen, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 13/14

⁴ Voir à ce propos Günther, Klaus. 1991. Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts. In : *Recht und Moral* (p. 205-217). Baden-Baden : Nomos.

⁵ Par exemple l'analyse sur la pertinence morale immédiate du droit pénal selon Habermas dans Deflem, M. (1995). Théorie du discours, droit pénal et criminologie. *Déviance et société*, 19 (4), p. 329

⁶ Habermas Jürgen, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p.488

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Mais il n'en est rien. Habermas prend le soin de préciser en commentaire de cet extrait:

Cette explication de la validité déontologique se réfère au processus de fondation des normes, non à celui de leur application. En ce sens, la comparaison avec la pratique décisionnelle des juges est déplacée.¹

Quant à Max Weber, il a séparé les discours sur le politique (1917) et sur le savant (1919) de sa *Sociologie du Droit* (seconde partie d'*Économie et société*, ouvrage paru après sa mort). Il est d'ailleurs difficile de savoir quelle était sa pensée. Weber a beaucoup écrit mais a peu publié. C'est sa femme, la sociologue Marianne Weber, qui a fait publier certaines de ses œuvres après sa mort. Son écriture n'était pas toujours lisible et l'équipe qui a mis en forme ses manuscrits pour l'édition originale a eu parfois des difficultés à le lire, certaines sources auxquelles Weber faisait référence n'ont pas pu être vérifiées et la disparition des originaux rend désormais impossible une lecture critique de ses œuvres. En outre, il me semble que la traduction a pu, dans certains cas, contribuer à déformer sa pensée.

Enfin, un obstacle majeur de la transposition de ces modèles est que la question de la légitimité de la domination² se pose en des termes très différents en politique et dans le domaine du droit tout comme la justification de l'éthique de la discussion*. Ainsi Habermas constate la préséance du juge en droit pénal sans la justifier ou la regretter. Mais en politique Habermas nous semble enclin à ne pas laisser au politique la légitimité d'exercer la totalité du pouvoir de domination. Cette position me semble correspondre à une attitude répandue en Europe au vu de l'émergence du référendum d'initiative populaire (et non à celle du référendum d'initiative minoritaire en France où le politique, sous forme d'un quorum de parlementaires, conserve la domination en devant être consulté pour que le référendum ait lieu).

¹ Habermas Jürgen, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 529

² Max Weber définit ainsi la domination: « Domination [Herrschaft] signifie la chance de trouver des personnes déterminables prêtes à obéir à un ordre [Befehl] de contenu déterminé. » Voir Weber Max, *Sociologie du droit*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 95

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

1. LE MODELE TECHNOCRATIQUE

Présentation du modèle et transposition dans la relation juge – médecin légiste

Jürgen Habermas évoque le déplacement du pouvoir de décision entre politique et expert en ces termes :

Le rapport de dépendance entre le spécialiste et le politique semble s'être inversé : le politique devient l'organe d'exécution d'une intelligentsia scientifique qui dégage en fonction des conditions concrètes les contraintes objectives émanant des ressources et des programmes cybernétiques optimaux.¹

Un argument du modèle technocratique serait selon Habermas qu'il existe donc des contraintes objectives que l'expert mettrait à jour et que ce dernier imposerait au politique. Or, pour Habermas, cet argument ne tient pas :

Le modèle technocratique présuppose qu'il n'y a pas de solution de continuité et que c'est la même rationalité qui permet de résoudre les questions techniques et les questions pratiques, or cette idée est indéfendable.²

L'expert se situant dans le domaine technique (observation des faits nécessaires à une prise de décision) ne pourrait donc pas pour autant prendre la décision (résoudre les questions pratiques) à partir des données observées car cela ne correspondrait pas à la même rationalité. La rationalité me semble ici vue dans un sens étroit : il ne s'agit pas du raisonnement sain mais plutôt d'une rationalité exigeante, restrictive, qui s'apparente à la logique selon Dewey par interrelation systématique.

¹ Habermas Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Tel Gallimard, 2011, p. 100

² Habermas Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Tel Gallimard, 2011, p. 101

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Habermas me semble opérer ici un glissement du concept de rationalité au sens évoqué en citant Weber vers celui de Dewey.

Ce concept de solution unique avec passage rationnel du technique au pratique est nommé *logique objective des choses** (Logik der Sachen). J'ai emprunté cette traduction française à Jean-René Ladmiral.¹ La *Logik der Sachen* de Habermas n'a selon Ladmiral rien à voir avec la *Logik der Sachen* (logique des choses) de Max Weber, qui se rapprocherait de la Nature, de la Raison et de la *nature des choses* dans le cadre du droit naturel.²

Selon Habermas, la *logique objective des choses** n'existe pas dans la relation politique-expert. Mais qu'en est-il dans la relation juge-médecin légiste ? Pour répondre à cette question, il faut reprendre chaque terme de la citation de Habermas. Qu'est-ce que le technique*, le pratique* et la *logique objective des choses** en médecine légale ?

Autant la césure technique / pratique est classique en médecine légale française (l'expert est limité à la factualité « pour garantir la pureté de son intervention »³), autant cette dichotomie artificielle n'a pas de sens en contexte suédois. On dira toutefois schématiquement que la collecte des faits tangibles est du domaine du technique et la décision de justice relève du pratique. L'interprétation des faits peut relever parfois du technique et parfois d'une tentative, plus ou moins renseignée, d'influence du pratique. Quand le médecin légiste dit que des lésions sont *compatibles* avec les déclarations d'un plaignant ou d'un mis en cause, qu'il est *possible* qu'elles soient survenues de la manière dont ils l'allèguent, le médecin légiste reste dans le domaine du technique car il les qualifie sans se prononcer sur la probabilité/vraisemblance/crédibilité de leur survenue. S'il le faisait, il influencerait la décision pratique de manière active.

À noter que toute erreur dans la collecte des faits tangibles pertinents et toute interprétation

¹ Habermas Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Tel Gallimard, 2011, page 103

² Weber Max, *Sociologie du droit*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 212

³ Expression d'Olivier Leclerc qu'il utilise pour dénoncer cette conception. Voir Leclerc Olivier, *Le juge et l'expert: contribution des rapports entre le Droit et la Science*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 124

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

technique, bonne ou mauvaise, des faits a en tous les cas une influence sur la décision du juge car cela change le contenu des éléments de preuve mis à disposition. Le juge jouit d'une bonne évaluation du médecin légiste ou doit « redresser » l'expertise si une erreur a été commise. Encore faut-il que le juge ait la capacité d'évaluer de manière critique l'expertise, c'est-à-dire que le médecin légiste ait autorisé la mise en variation en présentant les hypothèses qui doivent être réalisées pour conduire au diagnostic. Dans le cas contraire, l'expertise ne pourra être évaluée de manière critique que par des questions posées au médecin légiste, par écrit avant le procès et à l'oral au cours du procès.

Logique objective des choses (Logik der Sachen) et intime conviction*

La logique objective des choses* existe en médecine légale. Elle correspond aux faits autorégulateurs ou, pour le dire en suédois, aux *faits complètement sûrs induisant potentiellement du droit* (helt säkra rättsfakta). Elle correspond au tableau clinique qui est globalement pathognomonique dans un contexte donné sur lequel toutes les parties s'accordent (revoir l'exemple de la défunte dans la salle de bains présenté par Gorm Toftegaard Nielsen). La logique objective des choses* apparaît quand toutes les conditions nécessaires pour arriver à une conclusion sont réunies, procédant ainsi par interrelation systématique intégrale.

La logique objective des choses* exclut le libre-arbitre de l'expert puisqu'elle s'impose à tous. Elle est indépendante de lui dans la mesure où elle est révélabile. L'expert ne peut pas la créer par intime conviction. Elle a malgré tout parfois besoin de la technique de celui-ci pour être révélée. On pensera au cas évoqué plus haut du défunt mort de deux balles dans le dos que le médecin n'avait pas déshabillé. La logique objective des choses* requiert donc une expertise technique qui peut se révéler faillible.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

En mettant en évidence l'intervention d'autrui, elle peut faire se poursuivre l'enquête mais cela ne signifie pas pour autant qu'elle influence directement l'acte de jugement.

Comme vu plus haut, elle est toutefois limitée dans son déploiement par le fait qu'une lésion isolée ne peut pas être pathognomonique (dans son sens restrictif), seul peut l'être un tableau lésionnel (un ensemble de lésions) dans un contexte particulier où les parties en présence doivent pouvoir s'accorder.

En dehors de la logique objective des choses* et donc d'une rationalité étroite superposée au concept de logique à implication stricte, le médecin légiste ne peut produire que des conclusions sous condition, par exemple en diagnostiquant un empoisonnement par une substance sous réserve que le défunt n'avait pas développé une tolérance à l'encontre de celle-ci. La décision du juge est par conséquent arbitraire, même si elle est raisonnable, dans la mesure où il utilise alors son intime conviction. Il doit en effet pondérer les différents éléments de preuve pour estimer si différents faits ayant potentiellement des conséquences juridiques ont atteint le seuil requis de charge de la preuve pour que l'on puisse conclure qu'ils ont effectivement eu lieu.

La stricte logique en tant que prérequis à l'interprétation des faits a pour inconvénient majeur de pouvoir rendre difficile pour le juge d'évaluer la valeur d'un élément de preuve quand les conditions rendant possibles le diagnostic sont uniquement du ressort du médecin. On prendra pour exemple le fait de savoir à partir de quand une infection pulmonaire est assez étendue et/ou que le défunt présente assez de facteurs de comorbidités pour qu'elle puisse être la cause de décès. Cette logique laisse le juge avec un choix à faire où il est moins bien renseigné que l'expert. C'est pour cela que, selon moi, le médecin devrait émettre un avis sur ces propositions, non pas quand elles sont uniquement médicales – car il n'est pas toujours facile de savoir ce qui est du domaine médical et ce qui ne l'est pas – mais quand elles sont totalement indépendantes des circonstances, par exemple la présence d'une hypertrophie des cellules musculaires du cœur mesurée par traitement

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

informatique.

Hors du champ de la logique objective des choses* apparaît mécaniquement l'intime conviction. Elle est synonyme de liberté puisque la stricte logique ne s'impose plus à celui qui détient la légitimité à prendre la décision et qui récupère ainsi son libre-arbitre. L'intime conviction s'exerce donc quand toutes les propositions de la logique par interrelation systématique n'ont pas de caractère obligatoire. Elle consiste à estimer, en faisant preuve de discernement - permis par le raisonnement, les connaissances et l'expérience - si les prémisses permettant une conclusion, par exemple si un suspect est ou non coupable, sont « vraies », ou pour le dire en droit pénal suédois, que les éléments de preuve ont atteint le niveau de charge de la preuve requis pour la condamnation.

À l'aide des termes que je viens d'évoquer, je suis capable à présent de définir l'**intime conviction*** comme « **un moyen subsidiaire, non rationnel mais raisonnable de rechercher la vérité judiciaire en l'absence d'éléments autorégulateurs/de logique objective des choses*** ».

Un exemple d'intime conviction est le cas où le juge doit déterminer si des blessures ont été infligées par autrui ou si elles ont été auto-infligées. La localisation d'une blessure causée par une lame de rasoir et la façon dont la blessure a été infligée (de manière contrôlée ou non) ne sont pas toujours caractéristiques. C'est pour cela que le juge a le devoir d'évaluer certains éléments de preuves (faits tangibles) et de leur donner plus d'importance qu'à certains autres s'il veut pouvoir se prononcer. Un autre juge pourra raisonner de manière différente et aboutira à une conclusion inverse. Ainsi, un juge considèrera que des lésions infligées de manière contrôlée (plutôt en faveur d'une lésion auto-infligée) auront plus d'importance qu'une localisation légèrement inhabituelle pour une lésion auto-infligée (plutôt en faveur de blessures occasionnées par autrui). Il en conclura que le plaignant s'est blessé lui-même et le suspect sera relaxé. Un autre juge pourra estimer que la lésion

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

de localisation légèrement atypique pour être auto-infligée exclura la possibilité que la blessure a été causée par le plaignant et condamnera en conséquence le mis en cause.

Roberth Nordh définissant l'intuition, donne selon moi à la place une définition magistrale de l'intime conviction. Il montre comment cette dernière procède en pondérant les différents éléments de preuve par intuition en lien avec les expériences générales de la vie et son expérience à évaluer la preuve, fonctionnement qui n'est pas quantifiable :

SE *Att väga samman värdet av flera bevis tillhör ett [sic] av de mest komplexa leden i en bevisprövning. Huvudverktyget är domarens intuition, baserad på livserfarenhet och erfarenhet av att göra bevisprövningar.*

FR *Soupeser ensemble la valeur de plusieurs éléments de preuves constitue un des aspects les plus complexes dans l'évaluation de la preuve. Le principal outil est l'intuition du juge basée sur les expériences de la vie et l'expérience à évaluer des éléments de preuve.*¹

SE *Med intuition i detta sammanhang [att bedöma bevismaterialet] åsyftas domarens kunskap, erfarenhet, klokskap och goda omdöme.*

FR *Par intuition dans ce contexte [à évaluer les éléments de preuve], il est fait référence aux connaissances, expérience, sagesse et bonnes analyses du juge.*²

SE *Det är omöjligt att med matematiska formler eller på annat sätt med numeriska tal beskriva värdet på olika fakta, hur dessa påverkar varandra inbördes såsom samverkande, motverkande eller delar i en beviskedja och hur resultatet av den slutliga sammanvägningen bestäms. Lika omöjligt är det för domaren att med ord i detalj redovisa alla de överväganden som ligger till grund för de slutsatser som bevisvärderingen resulterar i.*

FR *Il est impossible, que ce soit avec des formules mathématiques ou d'une manière numérique, de décrire la valeur de différents faits, comment ces derniers retentissent les uns sur les autres concernant leurs contenus, leurs synergies, leurs oppositions ou les parties dans une chaîne de la preuve et la façon dont l'évaluation finale est actée. Il est tout aussi*

¹ Nordh Roberth, *Praktiskt process VII Bevisrätt B – Bevisbörda och beviskrav*, Uppsala, Iustus, 2011, p. 33

² Nordh Roberth, *Praktiskt process VIII Bevisrätt C – Bevisvärdering*, Uppsala, Iustus, 2013, p. 97

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

impossible de formuler avec des mots en détail toutes les considérations qui sont à la base des conclusions qui sont le résultat de l'évaluation des éléments de preuve.¹

Que Roberth Nordh ne parle pas d'intime conviction mais d'intuition provient du fait, me semble-t-il, que ce concept ne semble pas exister ou être répandu en Suède. Un collègue suédois semble également assimiler dans la remarque suivante intime conviction et intuition. Il ne pense pas que les médecins légistes basent leur évaluation sur l'intuition. Je suis de son avis dans la mesure où pour moi l'intuition ne se base pas sur des faits mais plutôt sur un sentiment diffus créateur, par ailleurs déterminant comme je l'ai évoqué dans l'émergence des faits tangibles :

SE Jag följer inte ditt resonemang om "inre övertygelse" utan menar att diagnosprocessen har ett annat förlopp. Kanske kan denna process också sägas representera "vetenskap och beprövad erfarenhet"? Hursomhelst låter "inre övertygelse" för mig felaktigt - det ger ju intrycket att rättsläkarens bedömning skulle fattas utifrån helt individuella grunder och alltså att olika rättsläkare regelmässigt skulle komma fram till helt olika dödsorsaker. Men enligt min erfarenhet finns i de allra flesta fall stor konsensus om dödsorsaken och även om säkerhetsgraderingen med vilken denna dödsorsak kan anses föreligga. (Visst förekommer avvikelser, men de är inte regel.)

FR Je ne suis pas ton raisonnement concernant « l'intime conviction » [s'agissant de son utilisation par le médecin légiste] dans la mesure où je pense que le processus de diagnostic suit un autre cours. Peut-être que ce processus peut aussi être considéré comme une manifestation de « la science et de l'expérience éprouvée » ? En tous les cas l'expression « intime conviction » me semble fautive [dans ce contexte] – elle donne l'impression que l'évaluation du médecin légiste est effectuée à partir de critères complètement individuels et qu'ainsi différents médecins légistes pourraient régulièrement arriver à des causes de décès complètement différentes. Mais selon mon expérience il y a dans la plupart des cas un consensus important sur la cause de décès et également sur le niveau de sécurité avec lequel est fait le diagnostic. (Évidemment qu'il existe des écarts [d'évaluation entre médecins légistes] mais ce n'est pas la règle).

¹

Nordh Roberth, *Praktiskt process VIII Bevisrätt C – Bevisvärdering*, Uppsala, Iustus, 2013, p. 70

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Le concept en suédois se rapprochant le plus de l'intime conviction serait peut-être le discernement (urskillningsförmåga) car il implique un choix raisonné à faire en l'absence d'une solution qui s'impose d'elle-même.

Le sens commun, pour sa part, se différencie de l'intime conviction par un usage limité du discernement. Il va directement à la conclusion apparente sans chercher à identifier les interrelations systématiques. En médecine légale, procéder uniquement par le sens commun fonctionne dans l'immense majorité des cas et mène très rarement à des catastrophes judiciaires.

Le déplacement du pouvoir normatif s'opère quand le médecin légiste assume que les conditions hypothétiques/probables au diagnostic/aux conclusions sont effectivement remplies alors que ce n'est pas le cas. Il s'agit d'un pari (plus ou moins) bien informé. Quand ce diagnostic/cette conclusion est assorti(e) d'un indice de probabilité de réalisation au moyen d'une échelle de langage (språkskala) que j'évoquerai dans la sous-partie suivante, le pari est donc chiffré et également « verrouillé ». Il existe un danger que cette probabilité pondérant l'élément de preuve soit transposée directement par le juge dans son évaluation sans (possibilité de) retour critique. On voit bien que ce déplacement ne se réduit pas qu'à la problématique de savoir si l'expert utilise des connaissances/une expérience éprouvée dont on ne sait s'il s'agit ou non de science.

Quand Ingemar Thiblin écrit, si nécessaire, dans ses expertises un chapitre « Överbäganden » (« Délibération ») pour exposer la façon dont il est arrivé à ses conclusions, il expose les conditions nécessaires à ce que ses conclusions soient valides. Il donne ainsi la possibilité au tribunal d'évaluer son raisonnement de manière critique et permet la mise en variation des éléments de preuve. Il m'a expliqué l'existence de ce chapitre apparaissant parfois dans ses expertises de la façon suivante. Selon lui, une expertise ne devrait pas comporter trop de mots (ett utlåtande borde inte vara ordrikt). Elle devrait être un concentré (koncentrat), un distillat (destillat).

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Mais parfois, ce distillat devient autoritaire (auktoritär) par l'absence de justification explicite. Pour Thiblin, une expertise devrait être transparente (transparent, genomsiktlig) et critique (kritisk). Transparente dans le sens où il serait mis l'accent sur les faiblesses du raisonnement (även se svagheter i resonemang). Critique dans le sens où l'expert devrait montrer quand il est critique vis-à-vis de sa propre théorie (visar att man är kritisk till sin egen teori), ce qui reprend le rationalisme critique de Popper. Ce chapitre « Överväganden » (« Délibération ») est nécessaire selon Thiblin quand le raisonnement est seulement rationaliste (bara rationell övervägande), découplé d'une forte empirie (ingen stark empiri) ou seulement basé sur la littérature scientifique (bara baserad på litteratur), et particulièrement dans les cas litigieux – c'est-à-dire les cas où il existe une divergence d'appréciation entre les parties (särskilt i omstridda fall).

La mise en variation consiste donc à énumérer les conditions nécessaires à un diagnostic/une conclusion ou à estimer qu'elles sont toutes remplies en cas de logique objective des choses* par élément autorégulateur/tableau lésionnel pathognomonique dans un contexte donné. Comme l'être humain est faillible, le médecin légiste peut considérer un élément comme autorégulateur alors qu'il ne l'est pas et, par son erreur, induire chez le juge un acte de jugement non correctement informé.

Limitations du modèle technocratique dans le contexte juge - médecin légiste

Le modèle technocratique n'est pas formellement et légalement applicable en droit pénal suédois. C'est au tribunal, et non à l'expert, que la société suédoise a confié le soin et le devoir de juger. Des modèles technocratiques d'expertise judiciaire ayant valeur de jugement existent toutefois. On en retrouve en droit des affaires en France en cas d'arbitrage (voir le litige entre l'homme d'affaire Bernard Tapie et le consortium de réalisation, organisme chargé de gérer le passif du Crédit

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

lyonnais¹). Deux parties préfèrent demander à un collègue d'experts de trancher un litige sans possibilité de recours pour que la procédure ne s'éternise pas.

On peut reprocher au modèle technocratique, outre cette incompatibilité légale, de faire croire que l'expert a une influence sur la logique objective des choses alors qu'il n'en est que le révélateur et qu'elle s'impose à lui. Cette dernière peut d'ailleurs émaner du sens commun sans connaissance ni expérience d'expert préalable. Dans ce cas elle ne nécessite même pas son intervention.

On peut enfin reprocher au modèle technocratique tel que décrit par Habermas de faire croire que la logique objective des choses* est un cas particulier du modèle technocratique alors qu'elle traverse l'ensemble des trois modèles sociologiques de l'expertise médico-judiciaire.

2. LE MODELE DECISIONNISTE

Les trois sous-types du modèle décisionniste

On peut distinguer trois sous-types au sein du modèle décisionniste : un dit « complet » comme vu par Carl Schmitt, un que je qualifierai de « raisonnable » et celui que Jürgen Habermas dit « élargi ».

Carl Schmitt dans sa *Théologie politique* a une vision jusqu'au-boutiste de ce modèle : celui qui juge doit le faire de manière autoritaire et apparemment sans devoir justifier de bases raisonnables fondant sa décision :

¹ Voir à ce sujet la sentence du tribunal arbitral rendue le 7 juillet 2008 où le consortium de réalisation (CDR) a été condamné à verser 403 millions d'euros à Bernard Tapie.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

EN *Every concrete juristic decision contains a moment of indifference from the perspective of content, because the juristic deduction is not traceable in the last detail to its premises and because the circumstance that requires a decision remains an independently determining moment. This has nothing to do with the causal and psychological origins of such a decision, even though the abstract decision as such is also of significance, but with the determination of the legal value. [...] That it is the instance of competence that renders a decision makes the decision relative, and in certain circumstances absolute and independent of the correctness of its content.*

FR *Chaque décision concrète de justice contient un moment d'indifférenciation du point de vue du contenu parce que la déduction juridique n'est pas traçable dans le moindre détail à ses prémisses et parce que les circonstances qui nécessitent une décision restent un moment déterminant de façon indépendante. Cela n'a rien à voir avec les origines causale et psychologique d'une telle décision, même si la décision abstraite en tant que telle est également d'importance, mais cela a à voir avec la détermination de la valeur juridique.¹ [...] Que c'est l'instance de compétence qui rend une décision rend la décision relative, et dans certains cas absolue et indépendante de l'exactitude de son contenu.²*

Cette conception du pouvoir de décision du juge semble bien marginale de nos jours. Bien que l'on comprenne que la décision du juge n'est pas traçable par des formules mathématiques et qu'il y ait une dimension d'intime conviction hors de la logique objective des choses*, le juge doit néanmoins pouvoir justifier d'une décision raisonnable. C'est ce qu'exprime très bien Heike Jung :

Même si le terme est quelque peu démodé, on parle toujours de la « conviction intime » du juge. En revanche, le juge doit motiver sa décision, une obligation inhérente au pouvoir de juger.³

Un modèle décisionniste intermédiaire est le modèle que je qualifie de « raisonnable ». Il me

¹ Schmitt Carl, *POLITICAL THEOLOGY*, Chicago/London, The Chicago University Press, 1985, p. 83

² Schmitt Carl, *POLITICAL THEOLOGY*, Chicago/London, The Chicago University Press, 1985, p. 84

³ Jung, H. (2010). Formes et modèles du procès pénal : Sauvegardes contre la manipulation ?. Dans Alain Berthoz, Carlo Ossola et Brian Stock (Dir.), *La pluralité interprétative, fondements historiques et cognitifs de la notion de point de vue*. Paris : Collège de France, p. 5

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

semble qu'il est défini dans l'article 261 du Code pénal allemand cité par Habermas :

*Le tribunal décide du résultat fourni par l'administration des preuves selon sa libre conviction, nourrie à la substance des débats.*¹

Habermas commente ainsi cet article :

*La discussion juridique, en étant écartée de la véritable procédure, doit donc être soustraite aux influences extérieures.*²

La question de savoir qui établit la décision de justice est une discussion avant tout légale et non éthique ou philosophique. Le médecin légiste et le juge, tout comme l'ensemble des citoyens, sont censés obéir aux lois. Le juge prend la décision pratique de l'acte de jugement mais celle-ci se base sur les éléments de preuve présentés lors du procès. Elle est donc personnelle, exclusive et en même temps raisonnable et justifiable.

La troisième variante du modèle décisionniste est le modèle que Habermas dit « élargi » où le politique ne peut prendre qu'une *pure décision* (reine Dezision), l'expert ayant effectué tout ce qui était rationnel. Ce modèle, comme le souligne Ladmiral, est plutôt rétréci car la rationalisation prédite par Weber ne peut être accomplie et totale.³ Habermas rejette le modèle décisionniste telle que défini dans la troisième variante par trois arguments dans la relation politique - expert. Je vais à présent essayer de déterminer si ces arguments pourraient être aussi valables en droit pénal dans la relation médecin légiste – juge. Je sais que par cela je déforme les propos de Habermas et réitère les

¹ Habermas Jürgen, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 260

² Habermas Jürgen, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 261

³ Voir la préface de Ladmiral dans Habermas Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Tel Gallimard, 2011, p. XXI

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

réserves émises au début de cette sous-partie.

Trois arguments d'Habermas pour rejeter le modèle décisionniste dans la relation politique – expert

Le Professeur Bo Wennström¹ m'a fait remarquer à juste titre que le modèle de décision de Max Weber tel qu'exposé par Habermas dans *La technique et la science comme « idéologie »* était plutôt à considérer comme l'interprétation que Habermas faisait du modèle de Max Weber et non comme celui de Weber.

Le premier reproche que fait Habermas au modèle décisionniste est qu'il « ne satisfait pas à ses propres exigences théoriques ».² La suite du texte me fait penser que Habermas fait allusion à la neutralité axiologique qui pour certains ne peut pas être détachée du modèle décisionniste car :

*De toute évidence, il existe une relation d'inter-dépendance entre, d'une part, les valeurs qui procèdent d'intérêts déterminés et, d'autre part, les techniques qu'il est possible de mettre en œuvre pour satisfaire des besoins qui sont eux-mêmes orientés par rapport à certaines valeurs.*³

Il existe donc des limites à la rationalisation par la science du politique avec l'intervention des valeurs. Si on essaie de faire une comparaison dans la relation juge – médecin légiste, on sera d'accord avec la critique de la neutralité axiologique déjà évoquée : faits et valeurs, valeurs et techniques ont des relations circulaires et sont donc, pour reprendre un terme de Habermas, inter-dépendants.

Pour autant, à ce stade, je ne crois pas que la neutralité axiologique soit forcément inhérente

¹ Bo Wennström est professeur en Sciences juridiques et promoteur de projets (initiativtagare) au centre de recherche de la police suédoise (Centrum för polisforskning) à l'Université d'Uppsala.

² Habermas Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Tel Gallimard, 2011, p. 104

³ Habermas Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Tel Gallimard, 2011, p. 105

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable au décisionnisme*. Comme déjà évoqué, je ne suis pas persuadé que le concept de Wertfreiheit* signifie évacuer l'ensemble des valeurs du raisonnement. Elle correspond plutôt à un refus d'injecter ses propres valeurs pour que ses propres avis ne transitent pas de l'expertise à la décision politique.

La factualité reliée aux valeurs envahit la totalité du réel et traverse donc, à l'instar de la logique objective des choses*, l'ensemble des trois modèles sociologiques.

Le deuxième reproche que fait Habermas au modèle, en reprenant les travaux de John Dewey, est qu'il ne prévoit pas, selon lui, d'évaluation sur les techniques à mettre en œuvre. Les techniques utilisées influencent en effet les faits mis à jour et donc les conclusions :

Il [John Dewey] insiste sur l'importance d'une mise à l'épreuve pragmatique et, partant, d'un examen rationnel de la relation existant entre les techniques disponibles et les décisions au niveau pratique, ce qui est tout simplement ignoré dans la perspective décisionniste.¹

Habermas défend ici le modèle pragmatique que j'évoquerai plus loin. Il m'apparaît évident que Habermas a déplacé l'interrelation critique de Dewey du technique au pratique, de la factualité à la décision. Il s'agit alors de la mise à l'épreuve théorique du pratique. Tel que je le comprends, le modèle décisionniste n'interdit pas une interrelation critique de la factualité, le technique* influençant inexorablement le pratique* dans la mesure où le technique*, s'il est incomplet, ne permet pas parfois une décision pratique complètement renseignée.

Cette vision d'interrelation critique dans le technique* qui ne vole pas le pouvoir normatif à celui qui est légalement en charge de prendre la décision et qui est détachée de la neutralité axiologique ne semble pas aller d'elle-même pour le Professeur Heinz Wismann.

¹ Habermas Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Tel Gallimard, 2011, p. 106

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Cela relèverait plutôt pour ce dernier d'un choix éthique délibéré et concerté :

Nous assistons, dans la communauté scientifique elle-même, à une sorte d'hésitation entre l'attitude traditionnelle de neutralité axiologique et celle qui consisterait à dicter aux décideurs, au terme d'un débat interdisciplinaire indispensable, les questions que ceux-ci sont incapables de formuler.¹

Je comprends la position de Heinz Wismann dans la relation politique – expert. Les questions qui sont reformulées et/ou réorientées vont influencer les décisions pratiques. Cela semble particulièrement le cas en matière d'écologie et de politique énergétique, ce que l'on qualifie en France de *transition énergétique*.

Si on essaie de transposer cette remarque à la relation médecin légiste – juge, on constate que la problématique ne présente pas la même acuité ou plutôt que cette question ne se pose pas du fait du rôle d'enquêteur dévolu au médecin légiste au cours de la procédure judiciaire suédoise.

Le médecin légiste peut en effet demander en Suède à la police des comptes-rendus d'audition s'il estime que cela est nécessaire pour remplir sa mission. Il peut également commander des dossiers médicaux. L'expression française « toute la mission et rien que la mission », où le médecin expert ne répond qu'aux questions posées, n'a pas de sens en médecine légale suédoise. Le médecin légiste ne peut pas sortir de la mission elle-même (autopsie, examen de personne) mais peut sortir du questionnement de la police s'il est orienté et chercher de nouveaux faits, par exemple s'il estime que les droits de la défense l'exigent.

Le rôle d'enquêteur est détaillé en ces termes dans le document *Rättsläkarens roll i rättsprocessen* (Le rôle du médecin légiste dans la procédure judiciaire) émis en mai 2006 par la Direction nationale de la médecine légale de Suède :

¹ Wismann, H. (janvier 2004). Le savant et la Cité. Pour une éthique de l'expertise scientifique. *Le Banquet*. Disponible le 4 août 2014 sur le site officiel de la revue, p.4

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

SE *I sin fristående utredarroll bör rättsläkaren inte förhålla sig passiv, utan aktiv delta i utredningen och känna sig oförhindrad att föreslå olika åtgärder etc. Dock är det självfallet så att om rättsläkaren i något skede skulle företa en egen utredning (...), måste sådan utredning noggrant dokumenteras. (...) Rättsläkaren är en utredare som har till uppgift att få fram det underlag som behövs för relevanta slutsatser som kan användas i rätten (eller för beslut av olika slag av polis eller åklagare).*

FR *Dans son rôle autonome d'enquêteur, le médecin légiste ne devrait pas rester passif mais participer de manière active à l'enquête et se sentir libre de proposer diverses mesures, etc. Toutefois dans le cas où il arrive que le médecin légiste mène sa propre enquête (...), il doit en documenter avec soin tous les aspects. (...) Le médecin légiste est un enquêteur qui a pour tâche de produire la base nécessaire à des conclusions pertinentes qui pourront être utilisées lors du procès (ou pour des décisions de toutes sortes prises par la police ou le procureur).¹*

En outre, le médecin légiste ne répond *in fine* qu'à une question que je qualifierai de « question-chapeau » qui « coiffe » tout un ensemble de sous-questions que les commanditaires peuvent avoir du mal à formuler. La « question-chapeau » (qui contient en fait deux questions, une constante et une dépendant de la réponse à la première) est la suivante :

« Y-a-t-il eu intervention d'autrui et si oui, comment ? »²

Aider la police et les magistrats à répondre aux sous-questions dérivant de la question-chapeau me semble relever des attributions du médecin légiste.

Police et magistrats ont évidemment le droit d'exercer un contrôle concernant la qualité de

¹ Rättsmedicinalverket. (mai 2006). *Rättsmedicinalverkets interna föreskrifter och riktlinjer Nr 2006-05, Rättsläkarens roll i rättsprocessen*, p.6. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se

² Le monde non judiciaire (santé publique, prévention des accidents...) pourra poser au médecin légiste des questions d'une autre nature.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

l'évaluation technique puisqu'ils en passent commande.¹ Cela ne veut pas dire qu'ils ont le droit de faire pression pour obtenir une certaine conclusion dont ils ont besoin pour étayer a posteriori leur intuition et/ou leur intime conviction.

Des techniques peuvent être proposées à la police et au magistrat pour tenter de répondre à la question-chapeau. Cela ne semble pas relever d'un choix éthique concernant la possible influence de ces choix techniques sur la décision pratique mais plutôt la question de savoir si on peut tout se permettre pour la recherche de la vérité. Les techniques de reconstitution du corps font que cette question est plutôt théorique dans la recherche d'un homicide. Elle se pose toutefois dans le diagnostic des morts naturelles. Les tests génétiques posent par exemple la question des conséquences du diagnostic sur les familles en absence de traitement possible et des questions du coût du diagnostic pour la société.

Le troisième argument d'Habermas contre le modèle décisionniste concerne le caractère irrationnel du résidu de décision (la pure décision – die reine Dezision) laissé au politique. Habermas a élargi le technique* le plus loin possible en réduisant le pratique* à une portion congrue. Là où il parle d'irrationnel dans le résidu de décision laissé au politique, Armelle Debru, à qui j'ai demandé comment elle qualifierait l'acte de jugement, parle d'une décision « non rationnelle mais raisonnable ». L'admiral lui parle d'arbitraire.² Si Habermas trouve irrationnel la décision du politique dans le modèle décisionniste, c'est qu'il s'est fixé lui-même une contrainte en réduisant le concept de rationalité, non au raisonnable mais à une logique très étroite et formelle, la logique objective des choses* qu'il décriait.

¹ La traduction de « passer commande » est « beställning » selon Rättsmedicinalverket. (mai 2006). *Rättsmedicinalverkets interna föreskrifter och riktlinjer Nr 2006-05, Rättsläkarens roll i rättsprocessen*, p.6. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se

² Le caractère non rationnel de l'intime conviction est mis en évidence par Jürgen Habermas. Il montre en effet, comme l'écrit Jean-René L'admiral, qu'« il y a encore un choix proprement arbitraire à faire entre les termes d'une alternative qu'a définis la rationalité scientifique ou technique sans qu'il soit possible d'aller au-delà. ». Voir Habermas Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Tel Gallimard, 2011, p. XXI

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Les termes employés par Armelle Debru (non rationnel mais raisonnable) semblent en accord avec la définition de l'acte de jugement au cours du procès pénal tel que défini par le Code de procédure judiciaire allemand : non rationnel (« intime conviction ») mais raisonnable car « en lien avec la substance des débats ».

Chercher une décision de justice rationnelle au moyen de la logique par implication stricte consiste finalement à supprimer l'idée même de l'acte de jugement, agrégation qui est par essence non rationnelle car donnant une différence arbitraire de poids entre les différents éléments de preuve. L'impossible achèvement de la rationalisation en matière de politique et de justice ne doit pas nous surprendre ni même nous décevoir. Il aurait été naïf de croire que nous pourrions réduire ces métiers à un simple enchaînement de prémisses « forcément vraies ». Si c'était le cas, le métier de juge n'aurait plus de raison d'être, à part d'entériner ce qui était déjà évident pour tous.

Les trois arguments qu'Habermas oppose au modèle décisionniste dans la relation politique – expert ne me semblent pas transposables à la relation médecin légiste – juge : la neutralité axiologique est dissociable du modèle, le décisionnisme* n'exclut pas un accord du médecin légiste et du juge sur le champ du technique pour répondre à la mission et le caractère non rationnel mais raisonnable de la décision est inhérent par ailleurs aux trois modèles là où il n'y a pas de possibilité de conclure par logique par implication stricte.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

3. LE MODELE PRAGMATIQUE

Habermas renvoie dos-à-dos le modèle décisionniste et le modèle technocratique et introduit un troisième modèle, le modèle pragmatique. Toujours en citant John Dewey, il indique :

Dans le cadre du modèle pragmatique, la stricte séparation entre les fonctions de l'expert spécialisé d'une part et celles du politique d'autre part fait place à une interrelation critique qui ne se contente pas de retirer à l'exercice de la domination tel que le justifie l'idéologie les fondements douteux de sa légitimation mais le rend globalement accessible à une discussion menée sous l'égide la science, y apportant ainsi des modifications substantielles.¹

Ladmiral précise que

le couple décision politique/raison scientifico-technique est engagé dans un processus dynamique d'ajustement réciproque.²

Ce modèle pragmatique est adapté à la relation politique - expert puisque le politique n'a plus la légitimité d'exercer la totalité de la domination. J'ai déjà pris en exemple le référendum d'initiative populaire.

En transposant ce modèle à la relation juge – médecin légiste, il est évident que police, procureur et juge ont un contrôle sur le technique* puisque, comme je viens de l'écrire, ce sont eux qui en passent commande. Cela relève toujours, comme évoqué plus haut, du modèle décisionniste. L'expert peut suggérer une décision mais ce n'est pas lui qui est titulaire de la décision, il émet au mieux des recommandations dont le magistrat devra éventuellement justifier de s'être écarté, par exemple le refus de réalisation d'une autopsie recommandée par le médecin légiste devant un doute

¹ Habermas Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Tel Gallimard, 2011, p. 106

² Voir la préface de Ladmiral, Habermas Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Tel Gallimard, 2011, p. XXIII

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

de mort non naturelle.

La discussion évoquée dans le modèle pragmatique ne peut concerner que la tangibilité du technique et les faits que l'on n'a pas fait émerger. On ne peut pas retrouver par le dialogue sur la décision pratique ce que l'on n'a pas trouvé dans une factualité tronquée par l'absence de perspectives multiples.

Le médecin légiste ne peut pas participer à la décision, même de manière informelle. Il peut tout au plus, dans certains cas, proposer une *vraisemblance technique**.¹ La plus grande vraisemblance des allégations d'une partie apparaît au niveau technique devant une asymétrie d'identifications de faits discordants et/ou compatibles et/ou caractéristiques par rapport aux déclarations de plaignants/mis en cause/témoins.

Si la bienveillance réciproque n'est pas respectée et que la compatibilité des lésions au regard des allégations n'est donnée que pour une partie (le plus souvent le plaignant), cela pose la question d'une orientation de l'expertise dans le sens d'un soutien à la partie considérée. Dans le cas fréquent où aux deux versions correspondent à des lésions non spécifiques mais seulement possibles, cela signifie que le médecin légiste a effectué son évaluation par intime conviction s'il donne une probabilité supérieure à l'une des deux parties.

Le problème de l'usage de l'intime conviction par le médecin légiste, outre que ce n'est pas son rôle selon la loi, c'est qu'elle n'englobe pas la totalité des éléments du dossier mais seulement la dimension médicale.

Le médecin légiste n'a en outre ni les connaissances ni l'expérience pour évaluer de manière critique un compte-rendu d'audition, pour juger si le récit (berättelse) est assez clair (klar), long (lång), vivant (levande), logique (logisk), riche en détail (detaljrik), vrai dans des moments particuliers (Berättelsen är påvisat sanningsenlig i viktiga enskildheter.), exempt d'erreurs

¹ J'aborderai la *vraisemblance technique* dans le paragraphe consacré à l'échelle à double entrée.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

(Berättelsen är fri från felaktigheter.), d'exagérations (fri från överdrifter), de moments qu'il est difficile d'expliquer (saknar svårförklarliga moment) ou de constance (innehåller inga konstansbrister), qu'il s'enchaîne de manière fluide (är sammanhängande) et qu'il est délivré sans aucune hésitation dans ses moments décisifs (är avlämnad utan tvekan i avgörande delar) pour la procédure. Je n'évoquerai même pas l'évaluation de la communication non verbale (icke-verbala faktorer) dont l'interprétation est sujette à controverse.¹

4. LE MODELE DE LA DIRECTION NATIONALE DE LA MEDECINE LEGALE DE SUEDE

La Direction nationale de la médecine légale de Suède a émis en mai 2006 un document concernant le rôle du médecin légiste au cours de la procédure judiciaire. Ce document intitulé *Rättsmedicinalverkets interna föreskrifter och riktlinjer Nr 2006-05, Rättsläkarens roll i rättsprocessen* (Règlements et lignes directrices internes de la Direction nationale de la médecine légale de Suède, mai 2006, le rôle du médecin légiste au cours de la procédure judiciaire) dont j'ai eu la référence dans le livre de Kjell-Olof Feldt et Birgitta von Otter², était encore en ligne sur le site officiel de la Direction nationale le 5 août 2014.

Dans le chapitre 4.2 "Rättsläkaren som sakkunnig på vetenskapliga basis" (le médecin légiste, expert sur des bases scientifiques), on peut lire :

SE Vid bedömningen av bevisvärdet måste utgångspunkten vara dels den rättsliga bedömningen av hur högra beviskrav som ska ställas, dels den rent vetenskapliga prövningen av hur säkra slutsatserna är. Den förra frågan avgörs av domare som har att göra en sådan bedömning och att göra den utifrån grundläggande rättsliga principer, och det är viktigt att inte rättsläkaren blandar sig i eller stör denna rättsliga bedömning. [...] Bedömningen av en tolkning/slutsats

¹ Nordh Roberth, *Praktiskt process VIII Bevisrätt C – Bevisvärdering*, Uppsala, Iustus, 2013, p. 108-125 pour les douze critères de cohérence d'un témoignage.

² Feldt Kjell-Olof, von Otter Birgitta, *Barnläkarfallet: en förnekad rättsskandal*, Stockholm, Albert Bonniers förlag, 2013, p. 193

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

är däremot en rent inomvetenskaplig fråga, och kan inte överprövas vare sig administrativt eller av domstol (antingen accepterar man expertens slutsats eller så gör man det inte) – endast förfaranden av typen peer review/second opinion i enlighet med vedertagna akademiska principer är möjliga för att utröna om slutsatserna håller acceptabel vetenskaplig kvalitet. [...] Rättsläkarens roll måste präglas av dennes förmåga att dra gränsen mellan vad som är vetenskapligt belagt och vad som är hypoteser/bedömningar – kriterierna för detta är inomvetenskapliga och därmed inte tillgängliga för rättsliga instansers betygsättning. [...] Rättsläkaren bör vidare beakta att domstolen inte själv kan avgöra rättsmedicinska bedömningars värde. Det måste nämligen konstateras att rättsväsendet generellt har hög tilltro till « expertutlåtanden » och kan komma att övervärdera det som experten säger.

FR *Lorsqu'on évalue la valeur d'un élément de preuve, le point de départ doit être d'une part l'évaluation du tribunal d'à quel niveau l'exigence de preuve est placée et d'autre part l'évaluation purement scientifique de combien les conclusions sont sûres. La première partie est décidée par le juge qui a à faire une telle évaluation et qui doit la faire à partir des principes fondamentaux du droit, et il est important que le médecin légiste n'interfère pas ou qu'il ne dérange pas cette évaluation juridique. [...] L'évaluation d'une interprétation/d'une conclusion est en revanche une question purement scientifique, et qui ne peut être examinée ni administrativement ni par un tribunal (soit on accepte les conclusions de l'expert soit ce n'est pas le cas) - seuls les processus d'examen par les pairs / les contre-expertises conformément aux principes académiques en vigueur sont possibles pour déterminer si les conclusions sont d'une qualité scientifique acceptable. Le rôle du médecin légiste doit être caractérisé par sa capacité à tracer la limite entre ce qui est scientifiquement reconnu et ce qui relève d'hypothèses / d'estimations - les critères pour cela sont d'ordre scientifique et pour cette raison hors de la portée de l'évaluation par des instances juridiques. [...] Le médecin légiste doit prendre en compte que le tribunal lui-même ne peut pas décider de la valeur des évaluations médico-légales, Il est néanmoins constaté que le système judiciaire a une grande confiance dans les « rapports d'expertises » et peut-être conduit à surévaluer ce que dit l'expert.*

Je ne reviendrai pas sur toutes les questions que soulève l'expression « purement scientifique » ni même sur ce peut être la science, ce qui la différencie de l'idéologie scientifique, de la non-science, de la fausse science, en quoi elle peut correspondre au standard Frye ou aux critères Daubert. Suite à la précédente sous-partie concernant les outils utilisés par le médecin légiste pour faire son

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

évaluation, j'espère avoir convaincu le lecteur que la raison, les expériences générales de la vie et les expériences spéciales sont utilisées tour à tour. Il ne peut pas y avoir de « pure science » complètement détachée des autres outils énoncés. J'espère que les exemples du *poisson rouge dans le mixer* et de la femme assassinée dans la salle de bains donnés par Gorm Toftegaard Nielsen auront convaincu le lecteur à ce sujet.

La phrase « Les critères pour cela sont d'ordre scientifique et pour cette raison hors de la portée de l'évaluation par des instances juridiques. » me semble par ailleurs en contradiction avec l'existence même du standard Frye et des critères Daubert qui ont été justement élaborés, au-delà des cas particuliers qu'ils ont traités, pour permettre au tribunal de déterminer ce qui relève de la science et ce qui n'en est pas. Ces jurisprudences ne sont pas des outils mis à la disposition exclusive de l'expert.

Ce texte, facile à lire et à traduire mais difficile à comprendre, m'a surpris, en particulier les *conclusions à prendre ou à laisser* (« soit on accepte les conclusions de l'expert soit ce n'est pas le cas »). Je ne comprenais pas pourquoi le tribunal ne pouvait pas trier les faits qu'il estimait valables pour arriver à ses propres conclusions. J'ai par conséquent rencontré le 24 juin 2014 à ce sujet Lena Holmqvist, maître de conférences (Universitetslektor) en droit pénal à l'Université d'Uppsala (Juridiska institutionen).

Selon elle, il faut prendre en compte deux éléments pour pouvoir comprendre ce texte.

Le premier est qu'il est sûrement destiné en premier lieu aux médecins légistes. Leur signaler que le tribunal ne peut pas réécrire leurs conclusions et qu'il a une grande confiance dans leur évaluation, devrait les conduire logiquement à une grande prudence.

Le second élément est que la population suédoise a une grande confiance en ses agences

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

nationales*¹. Le juge est perçu comme protecteur de la société. Si l'expert dit qu'il s'agit d'un meurtre, le tribunal est tenté de le croire et peu enclin à demander des explications détaillées. Il y a ainsi selon Lena Holmqvist un argument psychologique qui rend difficile pour le tribunal de remettre d'emblée en cause l'ensemble de l'expertise, de n'en retenir que certains aspects ou encore de faire sa propre interprétation.

Le tribunal procéderait de manière différente. S'il n'est pas satisfait des conclusions de l'expert, il peut lui poser des questions complémentaires par écrit (*begäran om komplettering*) voire des questions orales lors du procès. Le tribunal peut également demander une expertise complémentaire à une agence nationale* et/ou à un autre expert. Au terme de ce processus, il peut choisir de conserver ou de rejeter les conclusions de l'expertise initiale, il sera d'accord avec celles-ci ou ne le sera pas, il n'aura pas de position intermédiaire. Il ne peut pas faire appel (*överklaga*) de l'expertise, il ne peut pas la réexaminer (*ompröva*) ni même la réécrire. S'il la rejette, il dira seulement qu'elle n'a aucune valeur.

Mais la libre évaluation des preuves (*fria bevisvärderingen*), précise Lena Holmqvist dans un courriel du 25 août 2014, implique que le tribunal a le droit d'évaluer ce qui est démontré et peut librement estimer quelle valeur le contenu de l'expertise a (ou n'a pas). Il n'a pas besoin d'accepter toute l'expertise mais peut tenir compte de certains éléments que le médecin légiste a mis à jour et arriver à d'autres conclusions que lui.

La libre évaluation des preuves (*fria bevisvärderingen*) concerne donc bien tous les éléments de preuves, y compris ceux mis à jour par un expert, comme le confirme Roberth Nordh :

¹ La confiance des Suédois en leurs agences nationales est une donnée généralement reconnue. J'ai toutefois tempéré cette assertion en introduction en citant la confiance relative qu'inspiraient quatre agences nationales en 2014. Voir à ce sujet Sjören, T. (6 mars 2014). *Förtroendebarmeter 2014, allmänhetens förtroende för institutioner, politiska partier, massmedier & företag. Mediaakademin*. Disponible le 21 août 2014 sur le site mediaakademien.se

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

SE *Att domstolens ledamöter saknar samma sakkunskap som den sakkunnige gör emellertid inte att det saknas anledning eller förutsättningar för domstolen att kritisk granska innehållet i en sakkunnigs utlåtande.*

FR *Que les juges n'aient pas l'étendue du savoir dont jouit l'expert n'implique pas que le tribunal n'a pas de raisons d'évaluer le contenu du rapport de l'expert de manière critique.¹*

Dans le texte sur le rôle du médecin légiste que je viens de citer, il y a une expression qui détermine dans quel modèle sociologique informel² se situe la relation juge - médecin légiste. Il s'agit de « l'évaluation purement scientifique de combien les conclusions sont sûres ». Il ne s'agit pas ici seulement de l'évaluation purement scientifique des conclusions, ces dernières sont en outre assorties d'un indiçage déterminant combien elles sont sûres. La science serait ainsi le moyen exclusif par lequel le médecin légiste rendrait ses conclusions et c'est la même rationalité qui mettrait à jour d'une part les conclusions par une science pure et d'autre part l'évaluation de combien ces conclusions sont sûres. On retrouve ici l'argument du modèle technocratique cité par Habermas lorsque ces conclusions constituent, si elles sont retenues, des préqualifications juridiques voire des faits induisant potentiellement du droit (rättsfakta).

L'indiçage et la sécurité de combien les conclusions sont sûres pourraient toutefois prendre place dans le modèle décisionniste s'ils étaient caractérisés par un adjectif « technique » (spécifique, non spécifique, compatible...) par l'usage d'une échelle de langage non statistique. Or l'échelle de langage majoritairement utilisée en 2014 ne remplit pas ce critère. C'est ce que j'aborderai dans la dernière sous-partie.

Il faut donc un effort de la part du tribunal pour résister à ce technocratisme informel. Or, pour un collègue, le tribunal décide de ce qu'il veut puisque le médecin légiste ne s'exprime jamais de manière « complètement sûre » :

¹ Nordh Roberth, *Praktiskt process VIII Bevisrätt C – Bevisvärdering*, Uppsala, Iustus, 2013, p. 92

² Au regard de la loi, le modèle sociologique formel de l'expertise médico-judiciaire ne peut être que décisionniste, le tribunal étant seul habilité à décider de l'acte de jugement.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

SE Dessutom uttalar vi ju i praktiken aldrig "full säkerhet" om dödsorsaken, varför det i ett omstritt rättsfall kan bli så att domstolen frångår rättsläkarens bedömning (jfr t ex uppmärksammade rättsfall som t ex da Costa, A-L-målet mfl!). Med andra ord så har domstolen alla möjligheter att fatta sitt eget beslut om såväl dödssätt som dödsorsak - och jag ser därför inte det problem som du ser.

FR Par ailleurs nous ne nous exprimons en pratique jamais de manière « complètement sûre » sur la cause de la mort, c'est pour cela qu'en présence d'un cas controversé, le tribunal peut prendre ses distances avec l'évaluation du médecin légiste (compare par exemple les affaires Da Costa¹ et celle de l'hôpital Astrid Lindgren entre autres!). En d'autres termes le tribunal a toutes les possibilités pour se faire sa propre opinion tout aussi bien sur la cause et le mécanisme de la mort – et c'est pour cela que je ne vois pas le problème que tu décris.

Contrairement à ce que dit mon collègue, il arrive aux médecins légistes de s'exprimer de manière « complètement sûre » puisque l'échelle de langage couramment utilisée par les médecins légistes en Suède en 2014 comporte deux items de certitude (« les faits montrent », « les faits excluent ») et c'est ce qui a été notamment à l'origine des critiques formulées dans le cadre de l'affaire dite de l'hôpital Astrid Lindgren. Je tiens à toutes fins utiles à préciser que mon correspondant était intervenu lors des débats pour que ces items de « certitude » ne figurent pas dans l'échelle de langage concernée.

De plus, si on ne s'exprime pas de manière « complètement sûre », c'est-à-dire avec une sûreté inférieure à 100%, cela ne signifie pas pour autant que l'indicateur choisi, par exemple 20% ou 90%, ne produira pas des effets sur l'évaluation de la preuve par le tribunal.

Les cas cités (affaire Da Costa, affaire de l'hôpital Astrid Lindgren) où le tribunal s'est désolidarisé de l'évaluation des experts sont par ailleurs des cas exceptionnels où les parties avaient

¹ L'affaire Da Costa fait référence à une femme, Catrine Da Costa. Un médecin légiste et un médecin généraliste ont été reconnus coupables d'avoir découpé cette femme en morceaux devant une fillette de 18 mois dans les locaux du service de médecine légale de Stockholm-Solna. Le tribunal n'a toutefois pas pu établir de quoi Catrine était morte, certains de ses organes n'ayant jamais été retrouvés.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

les moyens de faire valoir leurs points de vue et/ou il existait des contre-experts qui avaient des points de vue diamétralement opposés. Pour Anders Perklev, procureur du royaume (riksåklagare) et chef du corps des procureurs de Suède, c'est au cours de l'affaire de l'hôpital Astrid Lindgren qu'une analyse de la Direction nationale de la médecine légale de Suède n'a pour la première fois pas pu servir de base à une évaluation du tribunal.¹ L'invalidation d'une expertise, même si elle n'est peut-être pas unique dans l'histoire de la Direction nationale de la médecine légale de Suède fondée en 1991, semble du moins rare tout comme semble l'être la possibilité du tribunal de lutter contre ce modèle technocratique informel.

Avant de refermer cette sous-partie, j'aimerais commenter la phrase citée plus haut qu'« il est néanmoins constaté que le système judiciaire a une grande confiance dans les 'rapports d'expertises' et peut être conduit à surévaluer ce que dit l'expert ». Il semble bien que le tribunal « réindice » l'élément de preuve mis à jour par le médecin légiste en lui donnant une valeur plus importante que celle proposée par ce dernier. Cela me semble lié à ce que j'appellerai « le fossé de Lena Wahlberg ». Dans ses travaux, cette dernière a montré qu'il existait entre droit et science des différences ontologiques et épistémologiques.² Cela signifie qu'il existe entre ces deux disciplines des différences structurelles et catégorielles qui font que la médecine légale n'a pas toujours les réponses que réclame la justice. Ainsi peu de lésions sont spécifiques et beaucoup peuvent avoir de nombreuses origines. L'indice attribué le plus souvent par le médecin légiste est donc trop bas pour être à lui seul à l'origine d'une condamnation. Si l'indice donné par le médecin légiste était suivi à la lettre, celui-ci étant la plupart du temps inférieur aux exigences de preuve, une condamnation ne devrait être possible que devant un tableau lésionnel caractéristique, ce qui est rare et qui

¹ Voir Perklev, A., Englund, N. (3 mai 2012). *Beslut efter granskning av åklagares handläggning av det s.k. Läkarmålet. ÅM 2011/8489 & ÅM-A 2011/1646*. Stockholm, Åklagarmyndigheten, p. 6.

² Wahlberg Lena, *LEGAL QUESTIONS AND SCIENTIFIC ANSWERS : ONTOLOGICAL DIFFERENCES AND EPISTEMIC GAPS IN THE ASSESSMENT OF CAUSAL RELATIONS*, Lund, Lund Universitet Förlag, 2010, p. 150

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

paralyserait totalement la justice et sa fonction dans la société. C'est donc un acte de sagesse que les tribunaux suédois attribuent parfois un indice de preuve à l'expertise supérieur à celui attribué par le médecin légiste.

Mais on ne peut toutefois pas exclure que des propos tenus de manière nuancée par un médecin légiste soient compris comme catégoriques par le tribunal. C'est ce qui ressort d'une entrevue de la journaliste Sara Gunnarsdotter avec Ingemar Thiblin :

SE [...] tycker Ingemar Thiblin ofta att utlåtandena blir övertolkade.

- Vi tycker att vi lägger in försiktighetsformuleringar som "som kan tala för", "talar möjligen för" eller "är förenligt med". Sedan när man läser domen så står det ändå "enligt rättsläkare Thiblin så har"... eller till och med "rättsläkaren Thiblin har slagit fast".

Ingemar Thiblin tror det beror på att juristerna griper efter det konkreta halmstråna. [...] Men det är en känsla som många av oss [rättsläkarna] har, att nyanserna försvinner på vägen.

FR Ingemar Thiblin pense que les expertises sont souvent surévaluées.

- Nous pensons que nous utilisons des formules prudentes comme « qui peut parler pour », « parle possiblement pour » ou « est compatible avec ». Quand on lit ensuite le jugement il est malgré tout écrit « selon Ingemar Thiblin il a ... » ou carrément « le médecin légiste Thiblin a certifié ».

Ingemar Thiblin pense que cela est lié au fait que les juristes s'accrochent aux moindres « planches de salut ». [...] Mais c'est un sentiment que beaucoup d'entre nous [médecins légistes] ont, à savoir que les nuances disparaissent en chemin.¹

À noter qu'un nouveau document concernant le rôle du médecin légiste est en vigueur depuis le 1^{er} avril 2014². Il n'a pas été mis en ligne et n'a pas remplacé sur internet celui de 2006. Je le cite car il

¹ Gunnarsdotter Sara, *3 ml om ett blodprov och ett åtal*, Stockholm, Läkartidningen Förlag, 2012, p. 202

² Rättsmedicinalverket. (1^{er} avril 2014). Ledningssystem för RMV, Interna föreskrifter och riktlinjer, *Rättsmedicinalverkets riktlinjer för expertrollen i rättsprocessen*. Utgåva nr : 1, Dokument : IFR3 04, citation du document avec l'aimable autorisation de Ingela Dahlin

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

comporte deux changements majeurs par rapport au précédent : la « pure science » (rent vetenskapligt) a été remplacée par les « données actuelles de la science combinées à une expérience éprouvée » (tidsaktuell vetenskap och beprövad erfarenhet) et la dimension technocratique informelle a disparu. Il n'est toutefois pas précisé dans le nouveau texte comment se répartissent les rôles entre juge et médecin légiste ni si ce texte, comme le précédent de 2006, a fait l'objet d'un consensus parmi les médecins légistes en activité en Suède.

Pour conclure cette sous-partie consacrée aux modèles sociologiques de l'expertise médico-judiciaire, il apparaît que le seul modèle formel dans la procédure pénale suédoise est le modèle décisionniste. Il est traditionnellement associé à la neutralité sociologique mais cette dernière ne lui est pas inhérente. Il est souhaitable de la substituer à une axiologie conscience pour permettre une meilleure émergence des faits utiles au magistrat.

Le modèle technocratique informel présent en 2006 dans la description du rôle du médecin légiste a disparu depuis le 1^{er} avril 2014, ce que semble confirmer la disparition du terme « pure science » du nouveau règlement. Il reste toutefois aux médecins légistes, comme le fait Ingemar Thiblin, à expliquer comment ils ont élaboré leurs conclusions pour donner au tribunal la possibilité de les évaluer de manière critique.

Après avoir passé en revue les rapports possibles de décision entre le juge et le médecin légiste, il faut à présent examiner comment ceux-ci s'expriment au travers des échelles de langage, à la fois produits et instruments de la mise en œuvre de ces rapports. C'est ce que je vais détailler dans une dernière sous-partie. Ce point est capital car la manière dont les conclusions sont rédigées est susceptible de retentir sur le pouvoir de décision du tribunal.

C. LES ECHELLES DE LANGAGE

Théodore Ivainer indiquait que c'est une des propriétés du langage que de constituer la réalité qu'il exprime.¹ Le médecin légiste va, au travers de ses conclusions, utiliser des adjectifs pour qualifier les lésions qu'il a observées. Ces adjectifs auront par eux-mêmes une portée et leur usage aura des conséquences sur l'utilisation que le juge fera de l'expertise.

Le danger avec les mots, c'est qu'ils peuvent revêtir plusieurs sens et on a constaté des différences notables entre les définitions juridiques, scientifiques et médico-légales d'un même terme. C'est pour cela que la Direction nationale de la médecine légale de Suède joint en fin d'expertise les définitions des mots qui sont utilisés pour indiquer quelle confiance le médecin légiste accorde à ses conclusions/son diagnostic lorsqu'il utilise *l'échelle de vraisemblance* de 2012 (sannolikhetskala 2012) actuellement en vigueur et différents concepts comme ceux de compatibilité* (förenlighet) et de *dommages corporels constituant un risque pour la vie* (livshotande skador). Cette échelle est un ensemble de neuf items, qui va de l'échelon *exclut* - où par exemple les déclarations d'un plaignant ne peuvent pas être vraies au regard des lésions qu'il présente - jusqu'à l'item le plus élevé *montre*, qui établit que le diagnostic est sûr et qu'un diagnostic différentiel est strictement impossible.

Il existe toutefois d'autres possibilités de s'exprimer.

J'utilise personnellement le tandem spécificité/aspécificité et compatibilité/incompatibilité que je vais présenter. Dans l'exercice de mon travail, j'ai constaté qu'un collègue, Håkan Sandler, s'exprimait d'une troisième manière. Il a eu l'amabilité de me détailler son échelle que je retranscris plus loin avec ses explications. Je l'ai appelée *l'échelle de Sandler* (Sandlerskala). Une quatrième échelle, *l'échelle de la Direction nationale de la médecine légale de Suède de 2006* (RMVskala

¹ Ivainer Théodore, *L'interprétation des faits en droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 88

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

2006), employée précédemment, sera également riche d'enseignements et me permettra d'effectuer une comparaison avec *l'échelle de vraisemblance* de 2012 (sannolikhetskala 2012). J'en proposerai enfin une nouvelle concernant l'examen corporel*.

En conclusion, je me positionnerai sur l'opportunité d'employer les échelles de langage, à l'exception d'une d'entre elles.

1. ÉCHELLE DE SPECIFICITE/ASPECIFICITE

L'échelle de spécificité/aspécificité est binaire. Elle permet de différencier les lésions que le médecin légiste estime spécifiques de celles qui ne le sont pas.

Une lésion aspécifique est un bleu sur une jambe qui peut avoir été causé par un coup de poing, de pied, par un agrippement ou la chute contre un objet ou le sol. Certains bleus peuvent parfois apparaître spontanément par rupture musculaire durant un exercice et même sans traumatisme du fait d'un traitement anti-coagulant ou d'une maladie sanguine.

La lésion spécifique peut aussi être désignée comme une lésion caractéristique. Prenons l'exemple d'une personne qui a été blessée par l'égratignement d'une fourchette. Si une fourchette particulière avec deux dents plus éloignées que les deux autres a été utilisée, seule une fourchette avec la même apparence pourra générer un ensemble de lésions comparables (soit quatre abrasions cutanées dont deux ont une distance plus éloignée que les deux autres même si elles sont toutes les quatre grossièrement parallèles). Comme la lésion pathognomonique (absolument spécifique) n'existe pas, on ne peut pas exclure qu'une autre fourchette ait le même défaut et qu'elle était également susceptible d'engendrer la même lésion.

L'échelle de spécificité/aspécificité nécessite en pré-requis une technique efficace pour pouvoir mettre à jour et ordonner des faits tangibles qui seront potentiellement utiles pour le juge.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Un médecin légiste non expérimenté pourra par exemple confondre les abrasions causées par une fourchette avec celles causées par des ongles. Cette description spécifique/aspécifique est donc sujette à erreur. La limite entre les deux adjectifs est d'ailleurs assez floue : quand est-ce qu'une lésion n'est plus caractéristique ? Même s'il ne s'agit pas de faits isolés mais qu'ils sont triés au moyen de théories (par exemple que quatre abrasions parallèles et équidistantes/quasi-équidistantes peuvent dans certains cas correspondre à un égratignement par une fourchette), cette échelle compare un tableau de référence avec celui qui est proposé sans utilisation de l'intime conviction.

Les lésions spécifiques sont minoritaires dans l'exercice du médecin légiste ce qui rend cette échelle rarement utile pour le juge.

2. ÉCHELLE DE COMPATIBILITE*/INCOMPATIBILITE

Le médecin légiste doit établir d'un point de vue technique si les lésions qu'il a décrites durant l'examen corporel*, ou récupéré d'une documentation, sont compatibles avec les allégations d'un plaignant et d'un mis en cause. Un bleu sur une jambe est compatible avec une chute. Un hymen complètement fermé est incompatible avec une pénétration au-delà de l'hymen et compatible en-deçà.

Comme pour le couple spécificité/aspécificité, le médecin légiste doit disposer d'une bonne technique pour mettre à jour et trier les faits tangibles qui seront utiles au tribunal. C'est un pré-requis. Un médecin légiste non entraîné pourra en effet estimer qu'une plaie est incompatible avec un coup porté à l'aide d'une arme tranchante parce que les bords de celle-ci sont irréguliers - les plaies par arme tranchante ayant souvent des bords réguliers - alors que c'est en fait compatible.

On pourrait lier le terme *compatible* à une probabilité de réalisation des dires d'une des parties strictement supérieure à 0%. Cela signifie qu'il n'est pas impossible (l'impossibilité a comme

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

probabilité de réalisation 0%) que le mécanisme allégué soit à l'origine de la lésion observée. Autrement dit, *compatible* correspond dans ce contexte à *possible*.

Le couple compatible/incompatible correspond donc au couple possible/impossible et au couple probabilité 0%/>0%. S'il était encore utile de le préciser, *compatible* ne correspond en aucune façon à *une chance sur deux* (fifty-fifty).

Quand j'ai demandé à un policier et à un juge quelle probabilité ils accordaient à la lésion *compatible*, ils ont tous deux répondu 80%. Selon eux, *compatible* ne signifie pas que les faits se sont déroulés de la façon dont le déclare le plaignant ou le mis en cause et il y a un risque non négligeable que cela se soit passé d'une manière différente. Mais dans le même temps, ils estimaient que s'ils devaient deviner la façon cela s'est passé, ils tendraient plutôt vers la version que le médecin légiste a estimée compatible. Ainsi, même si le témoignage de deux personnes n'est pas représentatif et qu'il n'y a pas d'études derrière la perception du concept de compatibilité en procédure pénale suédoise, on peut craindre que si le médecin légiste n'examine que les allégations du plaignant, ce dernier sera mécaniquement favorisé dans la procédure. C'est pour cela que la bienveillance réciproque doit être systématiquement appliquée. Je ne pars pas du principe comme me le déclarait un policier à qui un enquêteur médical réclamait le compte-rendu d'audition d'un mis en cause que « de toutes façons il [le mis en cause] nie toujours [les faits qui lui sont reprochés] ». Si un compte-rendu d'audition n'est pas disponible (le mis en cause n'ayant pas été identifié, appréhendé, qu'il n'est pas en état d'être auditionné ou encore que le compte-rendu n'a pu être retranscrit au moment où le médecin est réquisitionné), il devrait être signifié par le médecin légiste qu'« en absence du compte-rendu d'audition du mis en cause, l'examen de la compatibilité d'un éventuel déroulement des faits alternatifs n'a pu être effectué » (I avsaknad av förhör med den misstänkte kunde ställningstagande till alternativt uppkomstsätt inte göras).¹ Ainsi le magistrat

¹ La version suédoise citée que j'utilise dans mes conclusions a été mise au point avec le concours de Ingemar Thiblin. L'idée originelle en revient à Håkan Sandler.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

comprendra pourquoi le médecin n'a pas pris position, notamment que ce n'était pas parce que les allégations du mis en cause étaient fantaisistes. Le rapport est parfois lu des mois après et, même si le médecin légiste fait la liste des pièces examinées pour servir de base à ses conclusions, il n'est pas toujours simple pour le tribunal de savoir les données dont le médecin légiste disposait.

Les détracteurs de ces couples spécificité/aspécificité et compatibilité/incompatibilité ont raison de dire qu'ils sont peu informatifs, sauf dans le cas où la survenue d'une lésion/d'un tableau clinique est incompatible/impossible/a une probabilité nulle par rapport à des allégations d'un mode de survenue. On peut toutefois douter de la possibilité de pouvoir affirmer qu'un tableau lésionnel soit strictement incompatible ou qu'il ait une probabilité de survenue de 0% au regard d'allégations de mécanisme(s) de survenue. Ce point sera repris plus loin.

Il existe plusieurs échelles de langage qui ont tenté de sortir de la logique liée à ces deux couples d'adjectifs.

Cela s'est traduit dans les deux échelles suivantes par une tentative d'indiquer des gradations dans le spécifique et le possible sans tenter pour autant d'établir des gradations dans le non spécifique et l'impossible. La première qui est appliquée à la détermination des causes de décès est exclusivement employée par Håkan Sandler, je l'ai donc appelée *l'échelle de Sandler* (Sandlerskala). La seconde que j'ai vue dans des documents disponibles sur internet utilisée dans des examens corporels et des expertises sur dossier (mais qui était également utilisée à ma connaissance concernant les autopsies) sera dénommée *l'échelle de la Direction nationale de la médecine légale de Suède de 2006* (RMVskala 2006). La troisième sera appelée *l'échelle de vraisemblance* de 2012 (sannolikhetskala 2012).

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

3. L'ECHELLE DE SANDLER CONCERNANT LES CAUSES DE DECES (SANDLERSKALA)

J'ai demandé à Håkan Sandler de me résumer son échelle de langage. Il m'a déclaré ne pas l'avoir formalisée puis, après un délai de réflexion, me l'a présentée comme suit, me précisant qu'elle était approximative et, comme toutes les autres échelles de langage, subjective :

Le sujet étant « la cause de décès » proposée, le complément d'objet étant « le décès »:

SE

- *förklarar till fullo : mycket hög sannolikhet, mycket nära 100 %*
- *väl förklarar : >75%*
- *förklarar : 50-75%*
- *kan förklara : $\leq$ 50 %*
- *kan inte förklara: orimligt, låg sannolikhet, nära 0 %*

FR

- *explique complètement : vraisemblance très élevée, très proche de 100 %*
- *explique bien : [vraisemblance ? probabilité ?] >75%*
- *explique : [vraisemblance ? probabilité ?] 50-75%*
- *peut expliquer : [vraisemblance ? probabilité ?] $\leq$ 50 %*
- *ne peut pas expliquer : invraisemblable, vraisemblance basse, proche de 0 %*

L'échelle tente de sortir du duo compatibilité/spécificité par la tentative d'une explication du décès : les faits collectés, la cause de décès proposée expliquent complètement, expliquent, peuvent expliquer la mort. Sandler insiste sur le fait que si la cause de décès explique la survenue de la mort, elle ne le fait pas de manière exclusive : une autre cause pourrait potentiellement tout aussi bien le faire.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Håkan Sandler refuse de s'exprimer en terme de certitude, il n'y a pas d'items correspondant à 100% et 0%.

Il y a également dans cette échelle une asymétrie qui est revendiquée car il y a des nuances entre les causes de décès : une emporte facilement l'adhésion, une autre est très probable, une autre est probable et encore une autre qui est possible en l'absence d'une autre cause. Pour Sandler, derrière cela, il y a l'idée que l'incompatible a moins d'espace pour se déployer par rapport au compatible.

Le degré d'une possibilité s'apparente ici à une plus ou moins grande vraisemblance que la cause de décès identifiée est bien celle proposée. « Explique complètement » correspond à une cause quasi-pathognomonique proche mais strictement inférieure à 100 %. « Explique bien » et « explique » correspondent à une cause de décès proposée plus ou moins spécifique, « peut expliquer » à une cause de décès compatible en dehors d'une autre cause identifiée. Le dernier item, « ne peut pas expliquer » renvoie à une cause de décès quasi-incompatible de probabilité proche de 0 % mais strictement supérieure.

Avec une échelle asymétrique (trois items supérieurs à 50 % et deux items inférieurs à 50 %), clairement non intervallaire avec des intervalles irréguliers allant de quelques % à quasiment 50 % et en l'absence de points fixes correspondant à 0, 50 et 100, cette échelle donne à voir avec la possibilité d'un diagnostic ayant entraîné la mort et introduit des degrés de vraisemblance sans copier un modèle statistique et en se servant de concepts restant dans le domaine du technique : cause de décès quasi-pathognomonique, plus ou moins spécifique, compatible (dans le sens d'un diagnostic possible en l'absence d'autre cause spécifique identifiée) et enfin quasi-incompatible. En cela, cette échelle n'utilise pas l'intime conviction et n'induit pas un déplacement du pouvoir normatif de la police et des magistrats vers le médecin légiste.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

J'ai vu par ailleurs Håkan Sandler utiliser des variations de cette échelle pour faire le lien d'une possibilité entre les lésions d'un plaignant/d'un mis en cause et ses allégations. Sandler utilise également l'expression « som kan ses » (qui peut se voir) pour proposer des modes de survenue à des lésions (par exemple des égratignements circulaires qui peuvent se voir lorsque l'on tire sur une chaîne de cou, lorsque la police joint des photographies avec notamment une chaîne de cou en or retrouvée à terre).

La datation des lésions exprime également une possibilité. Comme celles-ci ne peuvent être datées avec certitude, Sandler propose un intervalle de temps possible : les lésions peuvent se « loger » dans la date de survenue alléguée (skadorna kan inrymma tidpunkten).

En utilisant le concept de possibilité dans ses conclusions d'examens corporels, Sandler se place conceptuellement au même niveau que les questions que la police pose le plus souvent dans ses missions: « Est-ce que les lésions ont **pu** survenir de la manière dont le plaignant/le mis en cause le déclare? »

4. ÉCHELLE DE LA DIRECTION NATIONALE DE LA MEDECINE LEGALE DE 2006 (RMVSKALA 2006)

Cette échelle est appliquée pour les examens corporels*¹ et pour les expertises (de personnes) sur dossier.² Elle est d'ordre qualitatif et inspirée selon un collègue d'une échelle proposée par Michael Peel³ suivant le protocole d'Istanbul sur la lutte contre la torture.⁴

¹ Rättsmedicinalverket. (22 mars 2006). *Mall för skrivande av rättsintyg grundat på kroppsundersökning*. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se

² Rättsmedicinalverket. (12 janvier 2006). *Mall för skrivande av rättsintyg grundat på annans dokumentation*. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se

³ Peel, M. (2009). MEDICAL DOCTORS: THE KEY TO PREVENT IMPUNITY. Dans Susanne Kjær et Asger Kjærsum (Édit.), *Shedding light on a dark practice, using the Istanbul protocol to document torture* (p. 14-17). Copenhague : International Rehabilitation Council for Torture Victims, p.14

⁴ Office of the United Nations, High commissioner for human rights, *ISTANBUL PROTOCOL, MANUAL ON THE EFFECTIVE INVESTIGATION AND DOCUMENTATION OF TORTURE AND OTHER CRUEL, INHUMAN OR*

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

L'échelle proprement dite comporte cinq items et n'est pas appelée à régler la datation des lésions constatées. Elle est optionnelle concernant l'examen des allégations des parties. Elle est proposée systématiquement concernant certains modes de survenue des lésions.

Concernant la datation des lésions (leur rapport temporel avec les faits) sont utilisés les concepts de possibilité voire de compatibilité. En outre, la datation ne correspond jamais à un point précis dans le temps mais, comme chez Sandler, elle est vague, reflétant la difficulté de la médecine légale à pouvoir dater précisément les lésions :

SE *Skadornas ålder : Skadornas utseende kan tala för att de uppkommit vid den i polisrapporten nämnda tiden eller annan näraliggande tid.*

Alternativt: Skadornas utseende är förenligt / icke förenligt med den uppgivna tidpunkten för skadornas uppkomst.

FR *Âge des lésions : L'aspect des lésions peut parler pour l'idée qu'elles sont survenues au moment indiqué dans le rapport de police ou dans un temps proche.*

Alternative: L'aspect des lésions est compatible/incompatible avec le temps indiqué pour leur survenue.

Le mode de survenue des lésions (par exemple un bleu par coup de poing ou de pied) peut être qualifié par cinq items :

SE *Skadornas uppkomstsätt: Undersökningsfynden*

- *visar att,*
- *talar starkt för att,*
- *talar för att,*
- *talar möjligen för att,*
- *tillåter ingen slutsats om*

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

FR *Survenue des lésions: Les faits relevés*

- *montrent que*
- *parlent fortement pour*
- *parlent pour*
- *parlent possiblement pour*
- *ne permettent aucune conclusion*

Dans cette échelle, on retrouve *montrent que*, le fameux 100% de survenue excluant tout doute possible. Les items *parle fortement pour* et *parle pour* tentent d'introduire deux niveaux de spécificité. Le *parle possiblement* correspond à une lésion compatible. Le dernier item (*ne permettent aucune conclusion*) couvre une fonction importante en médecine légale qui est souvent ignorée : quand le tableau lésionnel est tellement pauvre que l'on ne peut rien dire, que s'exprimer sur la compatibilité n'a quasiment plus de sens ou ne relève plus de l'évaluation d'un expert.

L'échelle intègre donc les concepts de compatibilité et de spécificité en tentant de nuancer, comme dans l'échelle de Sandler, le niveau de spécificité. La spécificité est en effet plus ou moins grande en fonction de la capacité d'une lésion/d'un tableau lésionnel à éliminer des survenues alternatives par rapport à un mode de survenue examiné.

Lorsqu'il s'agit d'examiner si l'aspect des lésions est compatible avec les allégations des parties, il est proposé de revenir au concept de compatibilité mais à utiliser l'échelle à cinq items si les lésions sont spécifiques. La compatibilité étant épuisée, une potentielle spécificité doit être mise en valeur pour apporter plus d'information (passage de $> 0\%$ à $\geq 50\%$) :

SE *Skadornas utseende är förenligt/icke förenligt med att de orsakats på sätt som framgår av uppgivet händelseförlopp. [...] Ibland kan någon eller några skador vara särskilt tydliga vad avser uppkomstsätt. Detta kan då särskilt kommenteras med utnyttjande av samma [2006] sannolikhetsskala.*

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

FR *L'aspect des lésions est compatible/non compatible avec l'idée qu'elles sont survenues de la façon indiquée. [...]*
Parfois une ou plusieurs des lésions peut/peuvent être claires/évidentes concernant le mode de sa/leur survenue. Cela peut notamment être commenté par la même échelle de vraisemblance [Échelle de la Direction nationale de la médecine légale de 2006].

En réutilisant les concepts de compatibilité/incompatibilité et de spécificité/aspécificité, en conservant une asymétrie dans ses items, cette échelle semble donner des indications de vraisemblance et éviter le piège de la probabilité couplée à un modèle statistique. Il est à regretter que l'item 100% puisse bloquer la mise en variation des éléments de preuve par le tribunal lorsqu'il est employé.

5. L'ECHELLE DE VRAISEMBLANCE DE LA DIRECTION NATIONALE DE LA MEDECINE LEGALE DE SUEDE DE 2012 (SANNOLIKHETSSKALA 2012)

*Un virage conceptuel radical : le basculement sur un modèle statistique
obéissant à la loi de Laplace*

Cette échelle embrasse la totalité des évaluations en médecine légale : évaluation de la cause de décès, du mécanisme de mort en thanatologie d'une part et datation des lésions, évaluation des déclarations des plaignants/mis en cause par rapport aux tableaux lésionnels qu'ils présentent, que ce soit concernant les examens corporels ou les expertises sur dossier, d'autre part.

Les neuf items qui la constituent sont les suivants, le sujet étant « les faits montrent » et le complément d'objet étant variable :

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

SE

Visar

Talar starkt för

Talar för

Kan tala för/talar möjligen för

Talar varken för eller emot/tillåter ingen slutsats om

Kan tala emot/talar möjligen emot

Talar emot

Talar starkt emot

Utesluter

FR

Montre

Parle fortement pour

Parle pour

Peut parler/peut possiblement parler pour

Ne peut parler pour ou contre/ n'autorise aucune conclusion

Peut parler contre/parle possiblement contre

Parle contre

Parle fortement contre

Exclut

Cette échelle correspond, par rapport à l'échelle de la Direction nationale de la médecine légale de 2006 (RMVskala 2006), à un virage conceptuel radical. Abandonnant une évaluation qualitative basée sur l'association (in)compatibilité/(a)spécificité, elle épouse le modèle de l'échelle de conclusions (utlåtandeskala) du laboratoire national suédois de police scientifique (Statens kriminaltekniska laboratorium) qui est une échelle quantitative également composée de neuf items :

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

grades -4, -3, -2, -1, 0, +1, +2, +3 et +4.

L'échelle du laboratoire national suédois de police scientifique¹ a été élaborée à partir de données scientifiques corrélées. Elle a une forme correspondant à deux asymptotes placées dos-à-dos (loi de Laplace).

Cette échelle correspond à une évaluation entre deux hypothèses opposées, H et H' :

H: Hypothèse principale: « Cela s'est passé de cette façon ! » (« Huvudhypotes : Det är på det här sättet ! »)

H': Hypothèse alternative: « Cela s'est passé d'une autre façon ! » (« Alternativ hypotes : Det är på ett annat sätt ! »)

Le résultat R chiffré obtenu correspond au rapport entre la probabilité que l'hypothèse principale H est vraie et la probabilité que l'hypothèse alternative H' est vraie. (Resultatvärdet (V) = sannolikheten att få dessa resultat om huvudhypotesen är sann dividerat med sannolikheten att få dessa resultat om den alternativa hypotesen är sann.)

Une autre façon d'exprimer le résultat R est de dire « qu'il est R fois plus vraisemblable d'obtenir le résultat R si cela s'est passé de cette façon [hypothèse principale H] que si cela s'est passé d'une autre façon [hypothèse alternative H'] » (Ett alternativt sätt att uttrycka resultatvärdet är: Det är V gånger troligare att erhålla de resultat man fått om det är på det här sättet än om det är på ett annat sätt !)

Pour appliquer cette définition au cas de l'analyse ADN que le laboratoire national suédois de police scientifique prend pour exemple sur son site internet, on part du principe « qu'une seule de ces deux hypothèses est vraie » (Vid SKL:s utvärdering av dna antar vi att endera av följande två påståenden är sant) :

¹ Échelle disponible sur le site de la police scientifique suédoise : skl.polisen.se

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Hypothèse principale H: « L'ADN provient de la personne P. » (Dna:t kommer från NN).

Hypothèse alternative H': « L'ADN provient d'une autre personne. » (Dna:t kommer från någon annan person).

Les résultats en faveur de l'hypothèse principale H seront exprimés en grades positifs et ceux en faveur de l'hypothèse alternative en grades négatifs. Le résultat R correspond au rapport entre la probabilité que l'ADN provienne de la personne considérée et la probabilité que l'ADN provienne d'une autre personne. Comme le souligne le laboratoire, il ne faut pas inverser le concept de cette échelle : un résultat grade +1 signifie qu'il est 6 à 100 fois plus vraisemblable que l'on obtienne le résultat R si l'ADN provient de la personne P mais ne veut pas dire qu'il est 6 à 100 fois plus probable que l'ADN provienne de la personne P si l'on obtient le résultat R : cela, on n'en sait rien.¹

Une fois ces explications données, on peut présenter les différents grades en fonction du résultat R et comment cela est traduit sous forme de phrases indiquant une plus ou moins grande probabilité d'obtenir R si H est vraie:

SE

Grad 4+ : Resultaten talar extremt starkt för att... $1\,000\,000 \leq V$

Grad 3+ : Resultaten talar starkt för att... $6000 \leq V < 1\,000\,000$

Grad 2+ : Resultaten talar för att... $100 \leq V < 6000$

Grad 1+ : Resultaten talar i någon mån för att... $6 \leq V < 100$

Grad 0 : Resultaten talar varken för eller emot att... $1/6 \leq V < 6$

Grad -1 : Resultaten talar i någon mån för att... inte...

Grad -2 : Resultaten talar för att... inte...

Grad -3 : Resultaten talar starkt för att... inte...

Grad -4 : Resultaten talar extremt starkt för att... inte...

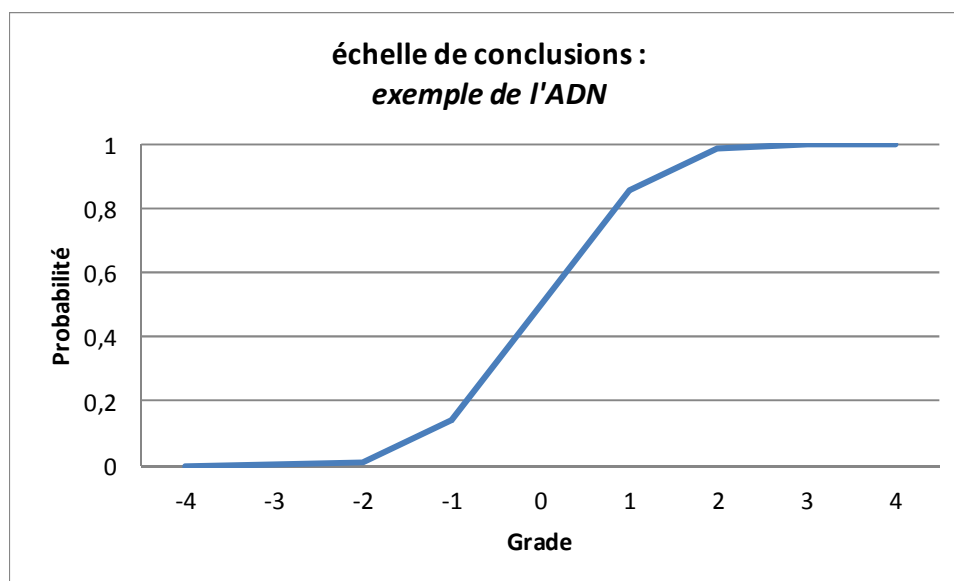
¹ Statens kriminaltekniska laboratorium (7 juillet 2014). *Vad betyder utlåtandet Grad +1?*. Disponible le 5 août 2014 sur le site skl.polisen.se

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

FR

Grade 4+ :	<i>Le résultat parle extrêmement fort pour [le fait que l'hypothèse H est vraie]</i> $1\,000\,000 \leq R$
Grade 3+ :	<i>Le résultat parle fortement pour [le fait que l'hypothèse H est vraie]</i> $6000 \leq V < 1\,000\,000$
Grade 2+ :	<i>Le résultat parle pour [le fait que l'hypothèse H est vraie]</i> $100 \leq V < 6000$
Grade 1+ :	<i>Le résultat parle dans une certaine mesure pour [le fait que l'hypothèse H est vraie]</i> $6 \leq R < 100$
Grade 0 :	<i>Le résultat parle ni pour ni contre [le fait que l'hypothèse H est vraie]</i> $1/6 \leq R < 6$
Grade -1 :	<i>Le résultat parle dans une certaine mesure contre [le fait que l'hypothèse H est vraie]</i> $[1/100 \leq R < 1/6]$
Grade -2 :	<i>Le résultat parle contre [le fait que l'hypothèse H est vraie]</i> $[1/6000 \leq R < 1/100]$
Grade -3 :	<i>Le résultat parle fortement contre [le fait que l'hypothèse H est vraie]</i> $[1/1000000 \leq R < 1/6000]$
Grade -4 :	<i>Le résultat parle extrêmement fort contre [le fait que l'hypothèse H est vraie]</i> $[R < 1/1000000]$

L'échelle, dans le cadre d'une probabilité sur des bases statistiques, ne comporte pas les items *montre* et *exclut*. L'exigence d'une marge d'erreur d'une technique faillible est d'ailleurs un des critères Daubert. Ensuite, on ne peut pas privilégier une hypothèse contre une autre, l'échelle est donc symétrique. Le modèle statistique obtenu lorsque les données de l'ADN du laboratoire sont modélisées permet de retrouver ces deux prérequis (asymptotes accolées et symétrie) donnant lieu à la distribution de Laplace à $\mu=0$ (c'est-à-dire centrée sur 50% où $H=H'$) sur la figure suivante.



Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

L'échelle de vraisemblance de la Direction nationale de la médecine légale de Suède de 2012 (sannolikhetsskala 2012) est un copié-collé de l'échelle des conclusions (utlåtandeskala) du laboratoire national suédois de police scientifique à quelques détails près : elle s'affranchit d'une marge d'erreur possible requise par Daubert en utilisant les items *montre* et *exclut*. Elle utilise également l'item central centré sur 50% (« parle ni pour ni contre »). Certains de ses items recyclent les concepts de spécificité (parle fortement pour) et d'incompatibilité (exclut). Son caractère symétrique, absent de toutes les échelles vues jusqu'ici en médecine légale et l'existence de points fixes symétriques (0, 50 et 100%) rend impossible la disparition du caractère quantitatif présent dans l'échelle du laboratoire, et ce même si cette échelle s'affranchit de données publiées et d'une méthodologie adossées qui valideraient ces items.

L'échelle de vraisemblance de la Direction nationale de la médecine légale de Suède de 2012 présente ainsi une gradation de spécificité et symétriquement une gradation opposée. Je montrerai bientôt qu'il s'agit d'une gradation d'atypie. Les autres échelles se refusaient à une gradation opposée à celle de spécificité car une lésion/un tableau lésionnel en médecine légale est plus ou moins spécifique, c'est-à-dire plus ou moins caractéristique, mais il n'y a pas de gradation dans l'aspécificité ou dans l'atypie, l'échelle de 2006 se contentant d'indiquer que l'aspécificité n'autorise pas de conclusion.

En intégrant des items propres à l'échelle du laboratoire national suédois de police scientifique et dont les autres échelles médico-légales s'interdisaient l'emploi (Sandler et échelle de 2006), l'échelle de vraisemblance 2012 permet l'accès à une probabilité couplée à un modèle statistique qui s'affranchit des critères Daubert de méthodologie, de marge d'erreur et de documentation des critères de choix des items, critères que le laboratoire national suédois de police scientifique a scrupuleusement respectés dans l'élaboration de son échelle.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Quand on voit Roberth Nordh évoquer la partie fixe commune à tous les items de l'échelle de vraisemblance 2012 (*kan ha uppkommit*, c'est-à-dire *qui a pu survenir*)¹, on peut se demander s'il ne s'agit pas d'une échelle de probabilité mais de la probabilité d'une possibilité. Ce n'est évidemment pas le cas. Le possible est possible ou ne l'est pas. Le compatible est compatible ou ne l'est pas. Une situation n'est pas plus ou moins possible et /ou compatible, elle peut tout au plus être plus au moins caractéristique ou plus ou moins probable.

L'item *montre* accolé à la partie fixe [*que les faits*] *ont pu survenir* n'est pas obligatoire pour montrer qu'une possibilité/compatibilité existe (100% de possibilité). Si c'était le cas, l'item *montre* serait simplement la porte d'entrée obligatoire de la possibilité et non un item qui a eu la force de transiter directement dans la décision du procureur de mettre en examen le médecin anesthésiste dans l'affaire de l'hôpital Astrid Lindgren.

Les neuf items sont présentés avec leurs pourcentages respectifs où P est la probabilité et $W < X < Y < Z < 50$. L'échelle est ordinale (probabilité croissante) mais non intervallaire (les intervalles n'ont pas besoin d'être équidistants)² :

SE

Visar: $P=100\%$

Talar starkt för : $P=100-W\%$

Talar för : $P=100-X\%$

¹ Nordh Roberth, *Praktiskt process VIII Bevisrätt C – Bevisvärdering*, Uppsala, Iustus, 2013, p. 92

² Nordgaard, A., Wistedt, I., Drotz, W., Elmqvist, J., Höglund, T., Jaeger, L., Torbjörnsson, L.M., Palmberg, J. & coll. (janvier 2010). *Uppfattning av värdeord i sakkunnigutlåtanden. En studie genomförd bland olika aktörer i den svenska rättsprocessen*, Linköping. Statens Kriminaltekniska Laboratorium, p. 1:

SE *En ordinalskala är en skala där nivåerna har en inbördes storleksordning, men där avstånden mellan successiva nivåer kan variera (till skillnad från en intervallskala där avståndet mellan 2 successiva nivåer är lika stort i hela skalan).*

FR *Une échelle ordinale est une échelle où les niveaux sont classés en ordre de grandeur mais où la distance entre les niveaux successifs peut varier (à l'inverse de l'échelle intervallaire où la distance entre deux niveaux successifs est aussi grande sur toute l'échelle).*

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Kan tala för/talar möjligen för : $P=100-Y\%$

Talar varken för eller emot/tillåter ingen slutsats om : $0+Z<P<100-Z$

Kan tala emot/talar möjligen emot : $P=0+Y\%$

Talar emot : $P=0+X\%$

Talar starkt emot : $P=0+W\%$

Utesluter: $P=0\%$

FR

Montre: $P=100\%$

Parle fortement pour : $P=100-W\%$

Parle pour : $P=100-X\%$

Peut parler/peut possiblement parler pour : $P=100-Y\%$

Ne peut parler pour ou contre/ n'autorise aucune conclusion : $0+Z<P<100-Z$

Peut parler contre/parle possiblement contre : $P=0+Y\%$

Parle contre : $P=0+X\%$

Parle fortement contre : $P=0+W\%$

Exclut : $P=0\%$

Dès que l'on quitte le caractéristique et le possible, on rejoint le domaine de l'intime conviction, une probabilité basée sur l'intuition combinée à ses connaissances et à son expérience éprouvée.

On ne peut pas donner une estimation de la probabilité que la cause de décès et le mécanisme de mort indiqués soient les *vrais* : ceux-ci peuvent être hautement spécifiques, spécifiques, compatibles et possibles. Un infarctus du myocarde massif est hautement spécifique tandis qu'une athérosclérose générale grave est possible/compatible.

Donner la probabilité d'une hypothèse en médecine légale relève du pari. Le médecin légiste n'a pas tous les éléments en sa possession pour faire une évaluation globale car l'expertise intervient souvent tôt dans l'enquête et que la robustesse* est variable, parfois très basse. Donner la probabilité

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

qu'une hypothèse s'est produite (cause d'un décès, mécanisme de mort, « vérité » des allégations d'une partie...) devient un pari particulièrement intenable en deux occasions: la datation des bleus et la présence de lésions aspécifiques.

Quand un médecin légiste doit dater des bleus, il a à sa disposition une seule étude publiée tendant à montrer que les bleus de couleur jaune sont survenus au moins 18 heures avant leur constatation¹, donc entre 18 heures et plusieurs semaines. Choisir entre dire que « les faits parlent pour qu'ils soient survenus il y a six jours » et « les faits peuvent parler pour qu'ils soient survenus il y a six jours » relève du pari. C'est pour cela que l'échelle de Sandler parle de la *possibilité* que les lésions rentrent dans un intervalle de temps allégué et que l'échelle de 2006 ne parle qu'en terme de *compatibilité* à leur sujet.

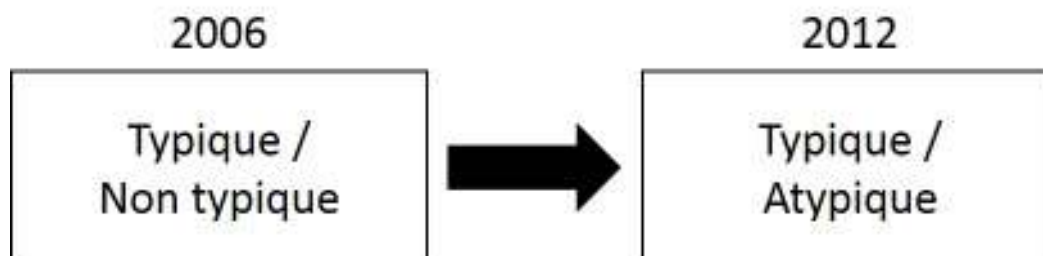
Quand le tableau lésionnel est pauvre et aspécifique, on ne peut rien en dire, il n'y a quasiment pas de sens à dire que les lésions sont compatibles. Cela correspond alors à l'item de l'échelle de 2006 : « Les faits constatés ne permettent aucune conclusion sur la manière dont ils ont pu survenir » (Undersökningsfynden tillåter ingen slutsats om hur de kan ha uppkommit). C'est lorsque l'on examine les lésions aspécifiques que l'on met à jour le glissement sémantique qui a permis de changer de modèle : le passage du non typique à l'atypique. C'est ce changement que je dois étudier à présent pour comprendre en quoi il ne prend pas en compte la nature des lésions couramment retrouvées par le médecin légiste.

¹ Langlois, N.E.I & Gresham G.A., THE AGEING OF BRUISES: A REVIEW AND STUDY OF THE COLOUR CHANGES WITH TIME. *Forensic Science International*, 50 (2), 227-238.

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

Le déplacement du non typique à l'atypique

On peut résumer ainsi le déplacement opéré de 2006 à 2012 :



Pour comprendre cela, il faut reprendre l'échelle de vraisemblance 2012 avec les explications de chaque item :

SE

- *Visar : Fynden/resultaten är typiska och alternativ är uteslutna.*
- *Talar starkt för : Fynden/resultaten har karakteristika som är typiska. Sannolikheten för alternativ är mycket liten.*
- *Talar för : Fynden/resultaten har karakteristika som är vanliga. Alternativ är möjliga men mindre troliga.*
- *Kan tala för/talar möjligen för : Fynden/resultaten har karakteristika som kan förekomma. Alternativ är näst intill lika troliga.*
- *Talar varken för eller emot/ tillåter ingen slutsats om : Fynden/resultaten har inga eller ospecifika karakteristika.*
- *Kan tala emot/talar möjligen emot : Fynden/resultaten har karakteristika som kan förekomma. Alternativ är dock något mer troliga.*
- *Talar emot : Fynden/resultaten har karakteristika som är ovanliga. Alternativ är mer troliga.*
- *Talar starkt emot : Fynden/resultaten har karakteristika som är atypiska. Sannolikheten för alternativ är mycket stor.*
- *Utesluter : Fynden/resultaten är atypiska och utesluter detta alternativ.*

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

FR

- *Montre* : Les faits/ les résultats sont typiques et une alternative [de mécanisme de survenue] est exclue.
- *Parle fortement pour* : Les faits/ les résultats ont des caractéristiques qui sont typiques. La vraisemblance d'une alternative [de mécanisme de survenue] est très faible.
- *Parle pour* : Les faits / les résultats ont des caractéristiques qui sont habituelles. Les alternatives [de mécanisme de survenue] sont possibles mais moins vraisemblables.
- *Peut parler/peut possiblement parler pour* : Les faits / les résultats ont des caractéristiques qui peuvent se produire. Les alternatives [de mécanisme de survenue] sont presque aussi vraisemblables.
- *Ne peut parler pour ou contre/ n'autorise aucune conclusion* : Les faits / les résultats n'ont aucune caractéristique ou ont des caractéristiques aspécifiques.
- *Peut parler contre/parle possiblement contre* : Les faits / les résultats ont des caractéristiques qui peuvent se produire. Les alternatives [de mécanisme de survenue] sont toutefois un peu plus vraisemblables.
- *Parle contre* : Les faits / les résultats présentent des caractéristiques qui sont inhabituelles. Les alternatives [de mécanisme de survenue] sont plus vraisemblables.
- *Parle fortement contre* : Les faits/ les résultats ont des caractéristiques qui sont atypiques. La vraisemblance d'une alternative [de mécanisme de survenue] est très forte.
- *Exclut* : Les faits/ les résultats sont atypiques et exclut cette alternative [de mécanisme de survenue].

Pour comprendre les termes employés dans cette échelle, je vais citer quelques définitions du Dictionnaire de l'Académie Suédoise :

SE

Typisk : som särskilt tydligt har de utmärkande egenskaperna för företeelsen i fråga¹

Karateristisk : som särskilt utmärker eller kännetecknar viss person eller företeelse²

Atypisk : som avviker från det typiska³

¹ Allén Sture, Svenska Akademiens ordbok M-Ö, Stockholm, Norstedt : Svenska Akademien, 2009, p. 3345

² Allén Sture, Svenska Akademiens ordbok A-L, Stockholm, Norstedt : Svenska Akademien, 2009, p. 1458,

³ Allén Sture, Svenska Akademiens ordbok A-L, Stockholm, Norstedt : Svenska Akademien, 2009, p. 128

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

FR

Typique : qui a clairement les caractéristiques du phénomène en question

Caractéristique : qui distingue particulièrement ou caractérise/désigne une certaine personne ou un certain phénomène

Atypique : qui s'écarte de ce qui est typique

Opérer le glissement sémantique *non typique* → *atypique*, c'est méconnaître la nature des lésions mises à jour par le médecin légiste. Celles-ci peuvent être approximativement dues à trois types de violence : la pression directe¹ (rougeur, bleu et bosse), la pression tangentielle² (égratignures) et la violence par arme tranchante.³

Les lésions dues à une violence par pression (rougeurs, bleus, bosses, égratignures) peuvent être plus ou moins typiques, c'est-à-dire plus ou moins spécifiques. Quand elles ne le sont pas, elles ne sont que aspécifiques, c'est-à-dire non typiques, avec une spécificité trop basse pour qu'elles puissent être qualifiées de typiques/caractéristiques. C'est le sens du dernier item de l'échelle 2006 (RMVskala 2006) qui les décrit alors le mieux : « Les faits relevés ne permettent aucune conclusion. »

Au fur et à mesure qu'elles perdent leurs caractéristiques, elles ne deviennent pas pour autant atypiques, c'est-à-dire typique d'un autre mécanisme de survenue ou rendant le mécanisme de survenue proposé impossible. Je n'ai en effet pas encore vu des lésions caractéristiques de morsure être selon un plaignant ou un mis en cause dues à un coup de pied et je n'ai pas encore entendu une personne examinée dire que la rougeur en forme d'empreinte de chaussure sur sa peau était due à un coup de batte de baseball. Cela peut être dû au fait que les personnes examinées

¹ En suédois *trubbigt våld*, peut être occasionnée par exemple par une gifle, un coup de poing ou de pied, une chute à terre ou contre un objet, un étranglement...

² En suédois *snett mot hudytan riktat trubbigt våld*, peut être occasionnée quand on tombe à terre à motocyclette et qu'on s'érafle.

³ En suédois *skarpt våld*

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

proposent rarement des mécanismes de survenue de lésions inadaptés qui décrédibiliseraient leur déposition.

On rapprochera ces degrés du typique qui n'ont pas pour symétriques les mêmes degrés de l'atypique de l'interprétation d'Armelle Debru du plausible chez Galien :

Contrairement aux cas où le plausible est du côté du faux, le plausible « pas encore vrai » connaît des degrés. Cela se traduit concrètement dans la langue galénique par l'usage du comparatif et du superlatif de pithanós lorsqu'il a ce sens heuristique.¹

Quand il s'agit d'un tableau lésionnel, il peut s'avérer discordant voire quasiment incompatible par rapport aux allégations de leur survenue par le plaignant, le mis en cause ou le témoin. L'incompatible est difficilement accessible du fait de notre difficulté à éliminer avec certitude tous les mécanismes de survenue des bleus, à dater avec certitude l'apparition de tous les bleus et ainsi d'avoir une image claire de ceux qui ont été infligées à un instant T et enfin par le fait que l'absence de bleu ne signifie pas, loin s'en faut, une absence de coups. Les médecins légistes, de mon expérience, préfèrent alors parler « des faits [qui] parlent contre » les mécanismes allégués. Il s'agit en fait de cas où les allégations d'une partie ne peuvent pas expliquer l'ensemble des lésions qui seraient survenues dans un contexte où les parties se sont accordées. Prenons un exemple illustratif.

Je me souviens d'une expertise où un homme racontait qu'il avait défoncé la porte de la chambre pour empêcher sa femme suicidaire qui s'y était enfermée de se donner la mort. Mari et femme s'accordaient sur le lieu de survenue de l'épisode. Le mécanisme *un coup de la porte* → *bleus* aurait été possible si tous les bleus se trouvaient dans un seul plan mais ils se trouvaient au moins dans cinq plans différents. Cette femme était couverte de bleus, ce n'était pas anti-spécifique

¹ Debru, A., (1991). Expérience, plausibilité et certitude chez Galien. Dans J.A. López Férez (Édit.), *Galeno, obra, pensamiento e influencia: coloquio internacional celebrado en Madrid, 22-25 de Marzo de 1988* (p.31-40), Madrid : Universidad Nacional de Educación a Distancia, p. 37

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

d'un coup de porte, chaque lésion étant aspécifique. Ce plausible proposé ne l'était pas et cela sans un degré de non plausibilité identifiable. Le tableau lésionnel était discordant par rapport au mécanisme de survenue proposé par le mari qui ne pouvait expliquer la totalité des lésions examinées.

Dans les cas de plaie par arme tranchante, on peut avoir tout un éventail de lésions possibles, le coup étant souvent délivré pendant que la victime est en mouvement. Cela va de l'égratignure à une plaie plus ou moins contuse et plus ou moins profonde. Une plaie peut être plus ou moins spécifique d'une arme tranchante voire ne pas en avoir les caractéristiques classiques sans qu'on puisse écarter formellement qu'une arme blanche l'a occasionnée. Dans les cas où elle est atypique, elle ne l'est pas à des degrés divers, c'est plutôt qu'elle est typique, caractéristique d'autre chose (par exemple un aspect de double tranchant au lieu d'un seul).

On voit bien que la nature des trois types de violence (par pression directe, par pression tangentielle et par arme tranchante) se prête mal à un modèle statistique comme s'y prêtait l'étude de l'ADN dans l'exemple pris par le laboratoire suédois de police scientifique. C'est pour cela que je désapprouve l'usage de l'échelle de vraisemblance 2012 (sannolikhetskala 2012) qui sort du champ technique pour utiliser l'intime conviction.

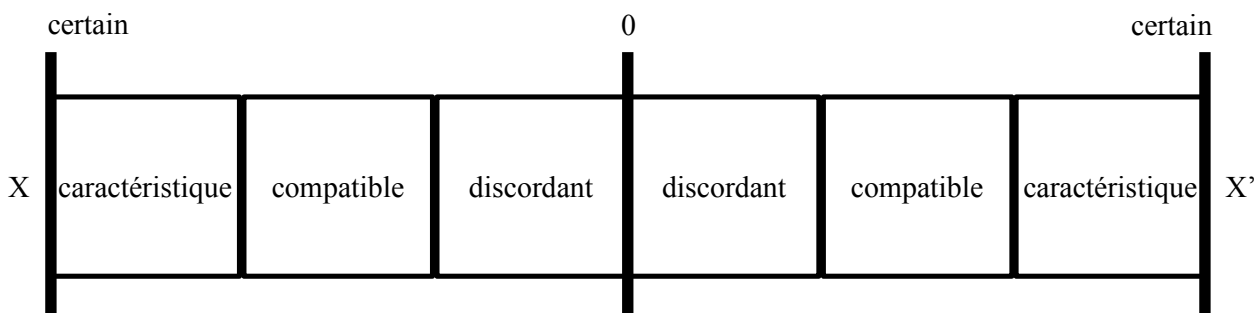
Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

6. L'ECHELLE A DOUBLE ENTREE

J'ai mis au point la dernière échelle proposée. Je l'ai appelée *l'échelle à double entrée*. Cette échelle concerne les examens de personnes vivantes (examens corporels* et expertises sur dossier). Elle est à double entrée car elle embrasse dans un seul visuel comment le médecin légiste a qualifié les récits du/des plaignant(s) et du/des mis en cause, voire des témoins. Elle permet de voir visuellement si la bienveillance réciproque est respectée.

Échelle à double entrée

- ☐ absence de lésion
- ☐ tableau lésionnel aspécifique



Deux cases sont situées au-dessus de l'échelle. Une case est cochée en l'absence de lésion, une autre si le tableau clinique est très pauvre et aspécifique, ne permettant pas la moindre conclusion.

Les intervalles 0 % et 100 % sont épais pour montrer qu'on ne peut pas les cocher. Les trois adjectifs que le médecin légiste peut entourer pour qualifier la/les lésions constatée(s) par rapport au récit allégué sont : *discordant(s)*, *compatible(s)* et *spécifique(s)*. Ces adjectifs sont dans des cases pour montrer toute la latitude qu'ils peuvent recouvrir. Le médecin n'en entourera aucun s'il a déjà

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

coché une des deux cases situées au-dessus de l'échelle.

Discordant remplace *incompatible* qui a l'inconvénient de correspondre à une évaluation catégorique ne laissant aucune marge d'erreur possible et outrepassant la capacité de l'expert à éliminer tous les scénarios possibles. Les adjectifs *spécifique* (qui est forcément compatible), *compatible* et *discordant* recouvrent le champ technique sans se prononcer sur la vraisemblance d'un récit. Si les déclarations d'un plaignant sont compatibles et celle d'un mis en cause discordantes, il y aura tout de même une évaluation (technique et faillible) du médecin légiste en faveur d'une des parties mais hors du champ de l'intime conviction, il s'agit d'une « vraisemblance technique ».

Vraisemblance technique

La plus grande vraisemblance de déclarations de plaignants/mis en cause/témoins survient donc devant une asymétrie d'identifications de faits discordants et/ou compatibles et/ou caractéristiques. La vraisemblance n'a néanmoins pas de lien avec la probabilité qu'un des témoignages soit vrai ou avec la vérité de ce qui s'est passé. Il s'agit d'une hypothèse étayée qui doit trouver (ou non) sa place/sa(ses) relation(s) avec les autres éléments de preuve.

7. QUELLES ECHELLES RECOMMANDER ?

Comme je viens de l'exprimer, je recommande de ne pas utiliser l'échelle de vraisemblance de 2012. Établissant notamment la probabilité de réalisation de faits constatés au regard d'allégations d'une ou des partie(s), cette échelle est copiée d'un modèle statistique quantitatif mais elle ne respecte, contrairement à ce dernier, aucun des critères Daubert. Elle a, par rapport à l'échelle de

Partie 3 : Les conclusions du médecin légiste et le déplacement du possible au probable

2006 (RMVskala 2006) opéré un déplacement inopportun du *non typique* vers l'*atypique*. Ceci est d'autant plus regrettable que le médecin légiste n'a pas pour étayer cette probabilité ni la totalité des éléments de l'enquête ni même la capacité de juger la valeur des éléments de preuve qu'il a mis à jour.

Je recommande l'utilisation de l'échelle 2006 - à laquelle il faudra toutefois enlever l'item *montre* - et celle de Håkan Sandler concernant les causes de décès (même si l'échelle de 2006 n'a pas été présentée dans ce cadre, elle peut y être utilisée). En matière d'examen corporel* et d'expertise sur dossier, on pourra utiliser là encore l'échelle de 2006 ainsi que l'échelle dite à double entrée. Concernant le mécanisme de mort, le médecin légiste se réfèrera aux deux premières échelles (spécificité/aspécificité et compatibilité/incompatibilité) et donnera explicitement les éléments qu'il a mis à jour et les circonstances qui lui ont été rapportées qui lui permettent de conclure quel(s) mécanisme(s) de mort peu(ven)t être spécifique(s) et quel(s) peu(ven)t être compatibles.

En dernière remarque, je souhaite souligner que le choix d'un item d'une de ces échelles est un soutien aux conclusions et ne constitue pas l'intégralité de celles-ci. L'item choisi n'a pas en effet la capacité à embrasser la totalité et la complexité de l'expertise. C'est seulement le reflet d'une évaluation réalisée avec des éléments parfois tronqués. Une échelle de langage, par essence standardisée, ne saurait épuiser la complexité d'un cas particulier. Elle a pour effet de réduire toute la singularité d'une expertise en un seul item prédéfini mais ne donne pas les critères de choix de l'item, tout au plus sa définition.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, il me reste à me demander si l'intervention du médecin légiste dans la procédure médicale suédoise est telle qu'elle respecte le droit au procès équitable. Les dangers semblent tout d'abord liés à la possible partialité du médecin légiste, partialité qui ne se manifeste pas toujours sous la forme où on l'attend.

Le piège des bienveillances orientées

Le premier écueil au respect de ce droit est indubitablement le colloque singulier. Si la nécessaire relation de confiance entre médecin et patient est transférée à la relation médecin légiste – plaignant ou à la relation médecin légiste – mis en cause, il existe un risque que le médecin légiste oriente son expertise en faveur de celui à travers du visage duquel il aura reconnu altérité et humanité.

On devrait donc se détourner du visage de l'Autre au cours du procès – comme le propose un enseignement du Talmud – et se rappeler en même temps du visage de tous les Autres qui ont été injustement condamnés, pour reprendre l'idée de Sam Gross.

Il est évident que les médecins légistes en Suède ont identifié cet écueil du colloque singulier et du visage de l'Autre – même si ce n'est pas en ces termes - et qu'ils luttent de manière active pour demeurer impartiaux lorsqu'ils examinent une personne et lorsqu'ils rédigent leur expertise. Je n'en connais aucun qui « se soit laissé aller à l'Amour » comme le disait Louis Arbus.

La difficulté réside plutôt dans le fait que cette bienveillance orientée vers une des parties, que je qualifierai de bienveillance unilatérale, se loge dans une procédure ou qu'elle prend les traits d'une idéologie socialement reconnue, voire promue.

Conclusion

Ainsi, lorsque que la police ne communique au médecin légiste que les comptes-rendus d'audition du plaignant et demande si ses allégations sont compatibles, c'est-à-dire possibles et présentant une probabilité de réalisation non nulle, il existe déjà une orientation en faveur du plaignant. Le docteur Louise Carlsson dit à ce propos qu'il y a déjà dans la demande initiale de la police une *snedvridning* (distorsion).

Beaucoup de confrères ne s'inquiètent pas de cette orientation pourtant dommageable qui survient de manière fréquente. Le médecin légiste, dressant à la première page de l'expertise la liste des éléments qu'il a eu à sa disposition, estime parfois que les parties pourront comprendre qu'il n'a pas pu établir la compatibilité des allégations du mis en cause parce qu'il n'en avait pas pris connaissance. Je tiens à rejeter vigoureusement cet argument au vu de mon expérience. Quand j'ai explicitement indiqué dans mes conclusions, sur les conseils de Håkan Sandler, que mon rapport était tronqué du fait de l'absence des comptes-rendus d'audition du mis en cause, j'ai eu dans la majorité des cas une demande de complément d'expertise. Quand je ne l'ai pas fait, je n'en ai jamais eu.

Outre que les bienveillances orientées surgissent dans la procédure, elles prennent parfois le masque d'une idéologie sociale. Il est ahurissant de voir des médecins légistes et des pédiatres se réclamer de la sécurité juridique (*rättssäkerhet* - dans le sens d'où il vaut mieux un coupable en liberté qu'un innocent en prison) et/ou de la perspective de l'enfant (*barnperspektiv*). Certes le médecin expert doit être prudent dans ses conclusions et il est naturel qu'il aime les enfants et qu'il veuille leur bien. Mais ces considérations ont leur sens dans le cadre du jugement mais non dans le recueil des faits tangibles qui seront transmis au tribunal. L'expert, s'il devait avoir une idéologie à afficher devant la société, devrait revendiquer l'absence de perspective et donc la neutralité axiologique.

Conclusion

Contre les bienveillances orientées : le principe de bienveillance multilatérale* et l'éthique de la discussion*

La neutralité apparente de l'expert s'avère en pratique faussement efficace, les valeurs se glissant de façon non consciente dans l'expertise, influant sur le fond et sur la méthode. Une approche consciemment axiologique, où les valeurs deviennent explicites, choisie de manière méthodologique et dirigée vers toutes les parties de la procédure, me semble garantir une émergence plus complète de la factualité susceptible d'être utile au juge pour prendre une décision éclairée. En cela, la multilatéralité est garante de la neutralité.

Le jeu des valeurs est qu'elles sont universelles et non au bénéfice d'un seul. C'est pour cela que la bienveillance au cours de l'expertise n'a de sens que si elle est méthodologiquement multilatérale. Je propose le passage d'une bienveillance unilatérale implicite à une bienveillance ouverte pour une neutralité consciente. Le principe de bienveillance multilatérale, en tentant d'épouser tous les points de vue et en se démarquant de la neutralité traditionnelle correspondant à une situation de retrait, se réclame d'une éthique de la vigilance, de correction et de résistance au poids des idéologies. Elle est par là même une condition nécessaire au droit au procès équitable. Ce principe ne prétend pas être une nouvelle idéologie mais une aide au(x) juge(s) dans l'établissement d'une décision juste, une factualité adéquate étant un prérequis à une interprétation correcte des faits¹, interprétation qui est le privilège du tribunal. Ce principe ne peut pas être utilisé pour interpréter les faits par intime conviction ou pour décider de l'acte de jugement.

Le médecin légiste doit examiner tous les points de vue, toutes les allégations pour voir si elles sont compatibles, c'est-à-dire possibles, avec les faits mis à jour. Pour réussir dans cette démarche, le législateur a doté le médecin légiste d'un rôle d'enquêteur dont il a le devoir de se

¹ Ossola, C. (2010). Le paradoxe herméneutique. Dans Alain Berthoz, Carlo Ossola et Brian Stock (Dir.), *La pluralité interprétative, fondements historiques et cognitifs de la notion de point de vue*. Paris : Collège de France, p. 1

Conclusion

servir à bon escient. Être enquêteur signifie pour le médecin légiste qu'il a le droit de commander des dossiers médicaux (parfois sous autorisation) et tous les comptes-rendus d'audition pour que son évaluation soit la plus pertinente possible. Le médecin légiste peut ainsi « redresser » son expertise dès sa production. On n'insistera jamais assez sur le fait que **c'est en investissant son rôle d'enquêteur que le médecin légiste peut le mieux satisfaire, ou tout du moins ne pas aller à l'encontre, du droit au procès équitable**, en prenant toute sa fonction de lutte contre une robustesse* insuffisante ne permettant pas au tribunal une décision renseignée.

L'éthique de la discussion telle que décrite au cours du procès pénal allemand* par Habermas concernant l'émergence des faits porte en elle la nécessité de justifier ses positions de manière argumentative par intersubjectivité. Le médecin légiste doit donc faire surgir des faits tangibles qui seront reconnus par toutes les parties. Ses conclusions doivent être exprimées de telle manière que le tribunal et les parties aient la possibilité de les évaluer de manière critique et éventuellement de les démonter. En utilisant la rationalité comme logique par interrelation systématique et en la détaillant si besoin dans un paragraphe que Ingemar Thiblin intitule *Överbäganden* (Délibération) dans les cas qu'il a énumérés (raisonnement essentiellement rationaliste, absence de forte dimension empiriste dans le raisonnement, raisonnement basé essentiellement sur la littérature scientifique et particulièrement dans les cas où les parties ont des différences d'appréciation), le médecin légiste indiquera sous quelles conditions son diagnostic est valable, de manière à ce que ces dernières puissent être elles-mêmes analysées par intersubjectivité. Elles seront incontestables en cas d'éléments autorégulateurs* dans le cadre de la logique objective des choses*.

Pour mémoire, il est utile de se souvenir que le médecin légiste n'est pas responsable que l'ensemble des conditions nécessaires à l'éthique de la discussion* au cours du procès soient remplies. Il ne peut en assurer les conditions qu'à son niveau, c'est-à-dire en étant sincère dans ses

Conclusion

conclusions et en ne cherchant pas à imposer son point de vue pour ne pas perdre la face ou pour faire transiter ses intentions et ses valeurs dans l'acte de jugement.

L'accès réduit à la contre-expertise

La Direction nationale de la médecine légale de Suède n'a pas à proprement parler le monopole de l'exercice de la médecine légale en Suède mais elle n'en est pas loin dans les faits. Le recours à la contre-expertise s'avère anecdotique. Une partie qui s'estime être lésée par l'expertise d'un médecin ne pourra pas demander une contre-expertise à la Direction nationale de la médecine légale de Suède ou au Conseil juridique (rättsliga rådet), n'en ayant pas le droit. Elle pourra au mieux tenter de convaincre la police, le procureur voire le juge d'en demander une. En cas de refus, la partie devra payer un expert. Outre le coût, cet expert, hors du monopole, sera susceptible d'être frappé du sceau de la suspicion.

Cet état de fait est d'autant plus aggravé, comme l'a mis à jour l'enquête *Vår går gränsen* ? (Où va la limite?), que les médecins légistes sont en règle générale peu enclins à reconsidérer leurs conclusions. On rappellera que 16 des 27 médecins légistes interrogés n'ont jamais de toute leur carrière modifié les conclusions de leur rapport d'autopsie en terme de cause de décès et/ou de mécanisme de mort après des discussions auprès du médecin traitant du défunt ou de la famille n'apportant pas d'information supplémentaire. On se rappellera également la note du médecin légiste qui par principe ne reconsidère jamais ses conclusions si on ne lui apporte pas de fait nouveau. Certains considéreront cette infaillibilité comme rassurante, d'autres comme alarmante.

Dans les grandes affaires criminelles suédoises, une et le plus souvent des contre-expertise(s) ont eu lieu avec des experts du Conseil juridique et de l'étranger. Le problème réside

Conclusion

essentiellement dans le cadre des délits de moindre gravité, délits qui sont de moindre importance pour la société mais qui bouleversent la vie de ceux qui sont concernés.

Contre cet accès réduit à la contre-expertise et à l'infailibilité affichée des médecins légistes, qui est loin d'être une particularité suédoise, certains ont cherché des solutions.

Les services du chancelier de la justice de Suède (justitiekanslern) ont proposé, suite à l'Affaire de l'hôpital Astrid Lindgren, dans leur rapport du 23 avril 2014 intitulé *Anmälan om brister vid genomförandet av en förundersökning m.m.* (Notification au sujet notamment d'irrégularités dans le déroulement d'une enquête criminelle)¹ qu'un collège d'experts rédige une évaluation de l'expertise dans les enquêtes où les faits reprochés sont d'une particulière gravité :

SE *En tänkbar modell vore att införa en ordning med sakkunnig kollegial granskning, ett s.k. peer review system, motsvarande det som gäller inom den kliniska medicinen bl.a. vid publiceringen av resultat från olika studier. (En sådan ordning diskuteras av Madeleine Leijonhufvud och Niels Lynøe i artikeln Berodde i åtalet i "barnläkarfallet" på bristande vetenskapligt förhållningssätt?, Läkartidningen nummer 46, 2011.) [...] Till skillnad från systemet med inhämtande av s.k. second opinion från Rättsliga rådet borde det inte krävas att åklagaren eller domstolen begär en sådan granskning, utan den skulle ingå som en obligatorisk del av utredningen vid misstankar om särskilt allvarlig brottslighet.*

FR *Un modèle possible serait d'introduire un système d'examen collégial par des pairs, [en anglais] peer review system, un système similaire à celui ayant cours en médecine clinique, notamment avec la publication du résultat de différentes études. (Un tel système est discuté par Madeleine Leijonhufvud et Niels Lynøe dans leur article « Est-ce que la mise en examen dans l'affaire de l'hôpital Astrid Lindgren était liée à un manque d'approche scientifique? », publié en 2011 dans le numéro 46 du journal des médecins (Läkartidningen).² [...] Contrairement au système où une contre-expertise est obtenue du Conseil juridique, le procureur ou le tribunal n'aurait pas à demander une telle évaluation car elle serait obligatoire s'agissant des enquêtes sur de soupçons que des crimes particulièrement graves ont été commis.*

¹ Document disponible au 30 août 2014 sur le site officiel des services du chancelier de la justice de Suède jk.se

² Leijonhufvud, M., Lynøe, N. (10 novembre 2011). Berodde åtalet i « barnläkarfallet » på bristande vetenskapligt förhållningssätt ? *Läkartidningen*. NR 46 VOL 108.

Conclusion

Cette proposition devrait donc se surajouter au principe de la contre-signature (vidimering) systématique où il y a toujours un deuxième médecin légiste qui apprécie la cohérence voire la qualité d'un rapport avant qu'il ne soit envoyé aux autorités judiciaires.

La proposition des services du chancelier de la justice de Suède n'aborde hélas pas le cas des délits de moindre gravité. Elle est une manière commode de réserver l'accès de l'expertise à la police et aux magistrats. Or, je le répète, mon avis est que la multilatéralité est un gage de neutralité. La défense devrait pouvoir avoir accès à l'expertise médico-légale. C'est justement ce que proposent Ingemar Thiblin, Bo Wennström et Marie Allen¹ dans l'article *Låt även försvararsidan få tillgång till rättsmedicinsk expertis* (Laissons aussi la défense avoir accès à l'expertise médico-légale) :

SE Detta system är vanligt i anglosaxiska länder, där rättsläkaren ömsom redovisar sina fynd och slutsatser av den egna undersökningen på uppdrag av åklagaren, ömsom är på försvarssidan som granskare av en kollegas utlåtande och protokoll. Möjligen behövs anpassningar för att detta ska fungera i det svenska systemet med både fri bevisföring och fri bevisprövning och med en process som i grunden är upplagd som en tvist.

I England, Nederländerna och Belgien har man infört en »national expertise broker«-funktion, en sorts »expertmäklare«. Denna förmedling tillhandahåller erfarna utredare som rådgivare, förmedlar vetenskapliga, nationella såväl som internationella, experter som har ackrediterats av förmedlingen samt förmedlar »best practice« inom en rad områden såsom rättsmedicin, DNA-analys, rättstoxikologi och rättspsykiatri. Genom att införa en sådan funktion skulle kvaliteten på brottsutredningarna kunna höjas och därmed också grunden läggas för mer solida åtal.

FR Ce système est courant dans les pays anglo-saxons, où le médecin légiste parfois rapporte les constatations et conclusions de sa propre enquête à la demande du procureur, parfois est du côté de la défense comme évaluateur critique de l'expertise d'un collègue. Il est possible que des adaptations soient nécessaires pour que [cette organisation]

¹ Marie Allen est professeur en génétique médico-légale à l'Institut d'immunologie, de génétique et de pathologie (institutionen för immunologi, genetik och patologi) de l'Université d'Uppsala. .

Conclusion

fonctionne dans le système suédois au vu des concepts de libre apport de la preuve et libre évaluation de celle-ci ainsi que de la structuration du procès qui est conçu comme un conflit [entre deux parties].

En Angleterre, aux Pays-Bas et en Belgique a été mise en place une fonction de « commissionnaire national de l'expertise ». Cette agence fournit des enquêteurs expérimentés en tant que conseillers, qui transmettent des experts scientifiques aussi bien nationaux qu'internationaux et qui ont été accrédités par ladite agence. Ladite agence propage également des références en matière de pratique [forensique] dans toute une série de domaines comme la médecine légale, l'analyse de l'ADN, la toxicologie médico-légale et la psychiatrie médico-légale. En introduisant une telle fonctionnalité, la qualité des enquêtes criminelles pourrait être augmentée et ainsi être à l'origine de mises en examen plus solides.¹

L'aspect financier de cette proposition est non négligeable mais clairement assumé par les auteurs :

SE Att genomföra förändringar av de slag vi föreslår skulle utan tvivel vara resurskrävande. Det skulle dock vara ett stort steg framåt för rättssäkerheten, och ställt i proportion till den totala kostnaden för rättsväsendet torde det vara en investering där nyttan klart överväger kostnaderna.

FR Réaliser des changements de la sorte que nous proposons devrait sans aucun doute engendrer des coûts [non négligeables]. Ce serait tout de même un grand pas en avant pour la capacité à prendre de bonnes décisions de justice, et comparé à l'aune des dépenses totales engagées par le système judiciaire, cela constituerait un investissement dont le rapport coût-efficacité serait clairement favorable.

On pourra reprocher au système proposé de rester toujours au sein de la Direction nationale de la médecine légale de Suède. Mais on peut gager que si les médecins légistes étaient régulièrement en position de critiquer les conclusions d'un collègue, cela deviendrait une habitude et ne devrait pas, au long cours, être à l'origine d'un conflit rédhibitoire entre les deux experts amenés à se côtoyer au sein de la même agence nationale.

¹ Thiblin, I., Wennstöm, B., Allen, M. (10 janvier 2012). Låt även försvararsidan få tillgång till rättsmedicinsk expertis, *Läkartidningen*.

Conclusion

Une autre solution, beaucoup plus radicale, serait d'utiliser les économies d'échelle faites de par le quasi-monopole d'État de la médecine légale pour donner un large accès à la contre-expertise qui serait réalisée par des médecins légistes en provenance des pays du nord de l'Europe, Danemark, Norvège et Finlande.

Ces pays entretiennent des relations étroites en matière de médecine légale et on ne peut que s'en féliciter. Il n'en demeure pas moins que cette proximité rendrait bénéfique une contre-expertise en dehors du nord de l'Europe en cas de délits d'une particulière gravité.

On pourra regretter ici encore les coûts engendrés par un tel système au moment où de nombreux pays européens font face à des dettes souveraines qu'ils ont des difficultés à honorer. Il ne semble pas toutefois raisonnable pour un État de droit comme la Suède d'effectuer des économies par un accès très limité à la contre-expertise. Le débat reste ouvert.

Le lien étroit des sapiteurs* et des médecins légistes, la rationalité en tant que logique par interrelation systématique

Le sapiteur* du médecin légiste est le plus souvent intégré en Suède au sein de la même agence nationale. La direction nationale de la médecine légale a ainsi le monopole de la chimie médico-légale, de la génétique médico-légale et des examens neuro-anatomopathologiques en contexte médico-légal. Il s'ensuit une plus grande intégration du diagnostic. Les sapiteurs* ont à cœur de transmettre leurs connaissances, au cas par cas ou en organisant des formations. Ils sont disponibles pour une discussion argumentée pour expliquer les faits qu'ils ont mis à jour et quelle peut en être leur interprétation au vu des circonstances, et surtout quelles sont les questions supplémentaires qu'ils soulèvent.

Conclusion

La toxicologie médico-légale s'illustre par une utilisation explicite de la rationalité en tant que logique par interrelation systématique. Les niveaux de toxicité et de mortalité des substances isolées dans le sang sont comparées à des statistiques élaborées à l'échelon national, intégrées à un certain nombre de paramètres (tolérance, redistribution de la substance en post mortem, éventuellement système enzymatique particulier...). Toutes les conditions dépendantes de l'enquête qui doivent être remplies pour que le diagnostic proposé puisse être retenu sont mises en avant. Cela permet un meilleur diagnostic et une mise en variation des éléments de preuve qui est en faveur du droit au procès équitable. En ce sens, je rejoins Lennart Rammer quand il écrit que la toxicologie médico-légale est peut-être le point fort de la médecine légale suédoise (*Rättstoxikologi är den kanske starkaste delen av svensk rättsmedicin*).¹ Je ne me permettrai pas d'émettre cet avis sur le plan des techniques, n'ayant pas la capacité à les évaluer, mais je l'émettrai sur le raisonnement qui est effectué de façon à pouvoir être évalué - et éventuellement démonté - de manière critique.

Le sens commun* érigé en preuve scientifique avalisant un défaut de robustesse* et dérogeant au principe de subsidiarité d'intervention de l'expert

Une pratique contestable est le fait que le médecin légiste réalise parfois des évaluations par sens commun, par exemple lorsqu'il propose un mécanisme de mort avec très peu de données de l'enquête et que la réponse est visiblement au-delà de l'horizon de la médecine légale. Devant des policiers qui attendent le résultat de l'autopsie pour voir si l'enquête doit être complétée, cela peut parfois inviter de manière erronée à cesser toute investigation.

Le sens commun est envisagé sous la définition de John Dewey :

¹ Rammer Lennart, *Kvalitetsarbete inom svensk rättsmedicin i en internationell jämförelse*, RMV-rapport 2011:2, Stockholm, Rättsmedicinalverket, 2011, p. 10

Conclusion

Le sens commun désigne les conceptions et les croyances qui sont couramment acceptées par un groupe donné ou par l'Humanité en général sans être mises en cause.¹

Pour mémoire, le sens commun s'écarte de la conception de rationalité que j'ai retenue, celle de logique par interrelation systématique, comme l'indiquait Dewey :

EN *Common sense conceptions, for example, do not satisfy the conditions of systematic interrelation.*

FR *Les concepts issus du sens commun, par exemple, ne satisfont pas aux conditions d'interrelation systématique.²*

Nous pouvons nous réjouir de disposer du sens commun mais cela déroge au principe de subsidiarité de l'utiliser de manière implicite et isolée dans l'expertise. L'intervention de l'expert se loge justement dans l'écart qui existe entre le sens commun et l'évaluation de l'expert. Cette dernière doit être présentée de manière déconstruite au tribunal et aux parties pour que ceux-ci puissent l'évaluer de manière critique et non comme un élément de preuve « à prendre ou à laisser ».

Je reprendrai l'exemple de l'arsenic pour montrer le gouffre qui existe entre le sens commun et la rationalité en tant que logique par interrelation systématique :

EN *Take such a non-scientific belief as is expressed in the proposition "Taking arsenic into the system causes death." In linguistic form it is a generalisation and it is about a sequence that is taken to be at least fairly uniform. But scientific inquiry proceeds by introducing qualifications. The amount of arsenic taken has to be specified; the dose of arsenic has to be off sufficient quantity. The conditions of the system into which it is taken have to be determined. For some persons by repeatedly taking small doses in increasing amounts become immune to does that would be fatal to other persons. The presence or absence of come "counteracting conditions" has to be taken into account, since, for example, death may not follow if an antidote be taken. The proposition that results when inquiry is carried only to this point is not of a*

¹ Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007, p. 62

² Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007, p. 395

Conclusion

uniform sequence, but is of some such form as "Taking arsenic into the system under certain conditions tends to produce death". There is still a statement of a problem rather than a final scientific conclusion.

FR Prenez une croyance non scientifique telle qu'exprimée dans la proposition « Prendre de l'arsenic entraîne la mort ». Dans sa forme linguistique, il s'agit d'une généralisation et d'une séquence passablement uniforme. Mais le raisonnement scientifique procède en introduisant des conditions [nécessaires]. La dose d'arsenic prise doit être spécifiée ; la dose d'arsenic prise doit être en quantité suffisante. Les conditions au cours desquelles la substance est absorbée doivent être précisées. Pour certaines personnes, le fait de prendre de manière répétée de petites doses en les augmentant [progressivement] les protège de doses qui seraient fatales à d'autres personnes.¹ La présence ou l'absence « d'actions antagonistes » doit aussi être prise en compte, par exemple du fait que la mort peut ne pas s'ensuivre si un antidote² est administré. La proposition qui résulte quand l'enquête en est à ce point n'est pas une séquence uniforme, mais ressemble plutôt à une expression du genre « Absorber de l'arsenic sous certaines conditions tend à entraîner la mort ». C'est plutôt l'énoncé d'un problème qu'une conclusion scientifique aboutie.³

Je suis convaincu qu'à l'image de ce que fait le service de chimie médico-légale de Linköping, le passage d'une rationalité « raisonnable » par sens commun à une rationalité par interrelation systématique respectant le principe de subsidiarité devrait permettre que la décision du tribunal soit mieux renseignée.

¹ Dewey fait allusion au phénomène de tolérance* voire à celui de mithridatisation* s'agissant de poisons tels que l'arsenic.

² Comme évoqué plus haut, on prendra comme exemple d'antidotes de l'arsenic les monoesters de DMSA, Voir à ce propos Kreppel, H., Reichl, F.X., Kleine, A., Szinicz, L., Singh, P.K. & Jones M.M. (1995). ANTIDOTAL EFFICACY OF NEWLY SYNTHESIZED DIMERCAPTOSUCCINIC ACID (DMSA) MONOESTERS IN EXPERIMENTAL ARSENIC POISONING IN MICE. *Appl. Toxicol.* 26 (2), 239-245.

³ Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007, p. 452

L'échelle de vraisemblance 2012 (sannolikhetskala 2012), l'instrument d'un déplacement du pouvoir normatif

L'utilisation des « items de certitude » et le blocage de la mise en variation des éléments de preuve

L'utilisation des « items de certitude » (« montre » et « exclut »), indiquant que les conclusions de l'expert sont obligatoirement vraies, n'a hélas pas grand-chose à voir avec le monde dans lequel nous vivons, mais a peut-être à voir avec un monde où 16 médecins légistes sur 27 interrogés n'ont jamais de toute leur carrière effectué de rectificatif d'expertise dans les conditions de la question 17 du questionnaire *Var går gränsen ?* (Où se situe la limite?) évoquée plus haut.

À ma connaissance, au moins deux professeurs de médecine légale se sont érigés contre ces items de certitude. Ces derniers bloquent en effet l'évaluation critique des éléments de preuve par le tribunal (bevisvärdering). Cette certitude est d'autant plus contestable que, concernant l'item *montre*, aucune lésion ne peut être à elle seule absolument spécifique (pathognomonique) hors de tout contexte, et que notre capacité humaine est limitée pour explorer la totalité des mécanismes possibles de survenue d'une lésion/d'un ensemble de lésions.

L'utilisation de ces items est dommageable car la preuve médico-légale est une preuve comme une autre et ne peut jamais être au-delà de tout soupçon. Quand la juge Mari Heidenborg signale que ce qui a été nouveau au cours du procès de l'affaire de l'hôpital Astrid Lindgren qu'elle a présidé, c'est qu'elle a évalué la preuve médico-légale comme les autres preuves¹, cela signifie que ce n'était pas le cas auparavant. C'est d'autant plus regrettable que le médecin légiste, qui bénéficie d'une formation d'un très haut niveau, n'en reste pas moins un être humain faillible.

¹ Gunarsdotter Sara, *3 ml om ett blodprov och ett åtal*, Stockholm, Läkartidningen Förlag, 2012, p. 137/138

Conclusion

Le déplacement du possible vers le probable par l'imitation frauduleuse de l'échelle du laboratoire national suédois de police scientifique

J'ai passé en revue comment, en dehors de la logique objective des choses* et d'une évaluation technique sur ce qui est caractéristique, compatible, possible ou encore discordant, ne subsiste que l'intime conviction. En copiant l'échelle du laboratoire national suédois de police scientifique, échelle quantitative, probabiliste (suivant la loi de Laplace à $\mu=0$), adossée à une marge d'erreur connue, à des publications scientifiques et assurant le maintien de standards, l'échelle de vraisemblance 2012 laisse croire qu'elle est scientifique et donc fiable. Or, elle ne remplit, contrairement à son modèle, aucun des critères Daubert de scientificité.

Certains de ses items « recyclent » des items relevant d'une évaluation technique (plus ou moins grande spécificité, compatibilité) mais d'autres, concernant notamment des gradations dans l'atypique, relèvent de l'intime conviction. En épousant un modèle ouvertement statistique de deux exponentielles adossées dos-à-dos, l'échelle de vraisemblance 2012 (qu'il faudrait rebaptiser « échelle de probabilité ») effectue une révolution majeure : le déplacement du possible vers le probable. Le résultat en est une réponse clef en main pour l'évaluation des éléments de preuve. D'ailleurs, selon le document décrivant le rôle du médecin légiste¹ mis sur internet par la Direction nationale de la médecine légale de Suède, cette évaluation, « purement scientifique », ne serait pas accessible au juge. Un nouveau document² remplaçant le précédent émis au 1^{er} avril 2014 a tout de même fait disparaître cette affirmation mais il n'est pas accessible en ligne. L'action du médecin légiste sur l'évaluation des éléments de preuve n'est plus mentionnée mais l'instrument du

¹ Rättsmedicinalverket. (mai 2006). *Rättsmedicinalverkets interna föreskrifter och riktlinjer, Rättsläkarens roll i rättsprocessen*. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se

² Rättsmedicinalverket. (1^{er} avril 2014). *Ledningssystem för RMV, Interna föreskrifter och riktlinjer, Rättsmedicinalverkets riktlinjer för expertrollen i rättsprocessen*. Utgåva nr : 1, Dokument : IFR3 04, citation du document avec l'aimable autorisation de Ingela Dahlin

Conclusion

déplacement du pouvoir normatif, l'échelle de vraisemblance 2012, demeure.

À côté du concept de possibilité surgit parfois celui de plus grande vraisemblance d'allégations d'une partie par rapport à une autre. Il est le résultat d'une asymétrie d'identifications de faits discordants et/ou compatibles et/ou caractéristiques chez un mis en cause, un plaignant ou un témoin. La vraisemblance n'a néanmoins pas de lien avec la probabilité qu'un des témoignages soit vrai ou avec la vérité de ce qui s'est effectivement passé. Il s'agit d'un élément qui doit trouver sa place/sa(ses) relation(s) avec les autres éléments de preuve.

Conservation du modèle sociologique décisionniste de l'expertise médico-judiciaire à la condition qu'il soit découplé de la neutralité axiologique

À ce déplacement du pouvoir normatif par technocratie* informel, le lecteur aura compris que je lui préfère le modèle décisionniste* formel découplé de la neutralité axiologique.

Pour atteindre la décision liée à l'acte de jugement, le tribunal utilise tout un ensemble d'éléments de preuve pour forger son intime conviction. Hormis le cas des éléments autorégulateurs révélabes au sein de la logique objective des choses* où les faits s'imposent à tous les acteurs de la procédure judiciaire, il n'y a qu'un raisonnement non rationnel mais raisonnable qui est à l'origine même de la nécessité de l'existence du juge. C'est un devoir légal mais également éthique.

Il est au niveau pratique tout aussi licite de contester cette prise de pouvoir du médecin légiste. D'abord parce qu'il n'est pas rompu aux techniques policières et qu'il n'a pas bénéficié de la formation de magistrat. Ensuite parce qu'il n'a pas, la plupart du temps, tous les éléments de l'enquête, notamment du fait de son intervention précoce dans la procédure. Les éléments initiaux l'orientent d'ailleurs parfois dans une mauvaise direction.

Mais par essence, le domaine d'intervention du médecin légiste doit être limité car il n'a de

Conclusion

légitimité d'intervention que dans l'aspect médical de la procédure. Ne pas pouvoir tracer une limite claire entre ce qui est une information médicale de ce qui ne l'est pas ne signifie pas pour autant que le médecin légiste doit avoir un regard sur toutes les dimensions de la procédure. Je citerai deux exemples où en France le procureur était allé à l'encontre de mes recommandations en me faisant réaliser une autopsie là où je n'en avais pas préconisé. Dans le premier cas où la mort semblait naturelle, le décédé venait de gagner une forte somme d'argent à la loterie. Dans le second cas, le défunt, mort dans un banal accident de la route, était allé signaler la veille de son décès à la gendarmerie qu'on cherchait à le tuer. Ces éléments n'étaient pas disponibles au moment des levées de corps médico-légales que j'avais réalisées. Le médecin légiste a un rôle clef à jouer dans la procédure judiciaire pénale mais il ne peut en avoir une vue générale.

En conclusion de cette thèse, j'estime que le droit au procès équitable est globalement respecté en Suède. Cette dernière jouit d'une médecine légale parmi les plus avancées d'Europe grâce aux moyens qui lui sont alloués par le ministère de la Justice et par sa capacité à maintenir un niveau d'excellence, notamment grâce à sa démocratie interne et à sa situation de quasi-monopole. Cela constitue indéniablement un gage de sécurité pour l'ensemble de la société.

La médecine légale va dans le sens du respect du droit au procès équitable par la capacité qu'a donné le législateur au médecin légiste d'être un enquêteur, par le travail des sapiteurs* et la transmission de leurs connaissances et de leur expérience éprouvée.

Il reste à présent à formaliser au niveau procédural le principe de bienveillance multilatérale* et à généraliser la logique par interrelation systématique dans la rédaction des expertises en introduisant, dans les conditions énoncées par Ingemar Thiblin¹, un chapitre de délibération (överbäganden) pour permettre la mise en variation des éléments de preuve et laisser

¹ Les conditions préconisées et précédemment citées sont les suivantes : quand le raisonnement est seulement rationaliste, découplé d'une forte empirie, seulement basé sur la littérature scientifique et particulièrement dans les cas litigieux – c'est-à-dire les cas où il existe une divergence d'appréciation entre les parties.

Conclusion

ainsi toute sa place à l'éthique de la discussion* dans l'émergence des faits tangibles pertinents au regard de l'acte de jugement.

Toutes les échelles de langage citées, à l'exception de l'échelle de vraisemblance 2012, restent dans le domaine du technique et ne volent pas le pouvoir normatif du juge, n'allant pas non plus à l'encontre du droit au procès équitable. L'échelle de la Direction nationale de la médecine légale de Suède de 2006 bénéficiera que lui soient retirés son « élément de certitude » pour les raisons évoquées plus haut. L'échelle de Sandler et l'échelle à double entrée sont utilisables en l'état.

Demeure le problème du recours à la contre-expertise. Les décisions à prendre la concernant n'intéressent toutefois en rien la médecine légale : elles sont du ressort du politique, du législateur, des acteurs du système judiciaire et de la société toute entière.

Solna, le 1^{er} octobre 2014

GLOSSAIRE

Anatomo-pathologie :

Étude morphologique des anomalies macroscopiques (pathologie) et microscopiques (histologie) des tissus biologiques et des cellules (cytologie) prélevés sur un être vivant ou décédé.

Autopsie :

Examen interne de cadavre

Agence nationale (myndighet) :

Administration d'État. L'Office national des parquets de Suède, la police ainsi que la Direction nationale suédoise de la santé et des affaires médicales sont de telles agences nationales.

Compatibilité (förenlighet) de survenue d'une lésion :

Signifie que la lésion a pu survenir de la façon qui est alléguée mais qu'un autre mécanisme est également possible.

Décisionnisme :

De celui qui sait et de celui qui décide, c'est ce dernier qui prend la décision.

Dessein :

À distinguer de l'intention et se divisant en trois catégories. Le *dessein direct* (direkt uppsåt) est aussi appelé *dessein intentionnel* (avsiktsuppsåt) et rejoint l'action directement intentionnelle. Le dessein indirect (indirekt uppsåt, dolus indirectus) consiste en ce que l'auteur de l'infraction a conscience qu'un effet va se produire comme une conséquence de l'action qu'il mène sans qu'il recherche cet effet, que ce soit en but final ou en tant que moyen pour parvenir à ses fins. L'*indifférence par rapport aux conséquences de l'acte* (likgiltighetsuppsåt) est présente lorsque l'auteur des faits s'est rendu compte du risque que l'effet se réalise et qu'il a été indifférent vis-à-vis de la réalisation de cet effet.

Échelle de langage :

Ensemble cohérent d'items standardisés systématiquement utilisé pour aider le destinataire d'une expertise à mieux comprendre les conclusions de celle-ci.

Émotivisme :

Considère les connaissances éthiques comme de simples sentiments.

Éthique de la discussion au cours du procès pénal allemand selon Jürgen Habermas :

Organisation des latitudes stratégiques d'action de telle manière que, si possible, tous les faits pertinents pour la constitution de l'état de choses soient évoqués. Ne correspond pas à une véritable discussion dans le sens d'une recherche coopérative de la vérité.

Examen corporel :

Examen externe d'une personne vivante

Examen médico-légal :

Terme englobant l'autopsie, la levée de corps médico-légale, l'examen corporel et l'expertise sur dossier.

Ex nihilo :

Conclusions rendues à partir d'une intuition qui n'est motivée par aucun fait.

Histologie :

Étude morphologique des anomalies microscopiques des tissus biologiques prélevés sur un être vivant ou décédé.

Interrelation systématique (selon John Dewey):

Désigne un système de caractères abstraits interdépendants. Un discours et ses concepts doivent

être organisés selon ce système pour pouvoir être qualifiés de logiques.

Intime conviction :

Moyen subsidiaire, non rationnel mais raisonnable de rechercher la vérité judiciaire en l'absence d'éléments autorégulateurs/de logique objective des choses.

Levée de corps médico-légale :

Examen externe de cadavre

Liberté à l'égard des valeurs ou non-imposition des valeurs (Wertfreiheit) selon

Isabelle Kalinowski :

Renoncer à l'usage malhonnête qu'il peut être fait des valeurs lorsqu'elles sont présentes sans être données comme telles.

Logique des choses (Logik der Sachen) selon Max Weber :

Correspond à la *nature des choses* dans le cadre du droit naturel.

Logique objective des choses (Logik der Sachen) selon Jürgen Habermas :

Selon un argument du modèle sociologique technocratique, le technique et le pratique procèderaient de la même rationalité.

Mécanisme de mort (dödssätt) :

Façon dont est décédée une personne (meurtre, suicide, accident, mort naturelle, mécanisme indéterminé)

Mithridatisation:

Ingestion de doses croissantes d'un produit toxique afin d'acquérir une insensibilité ou une résistance vis-à-vis de celui-ci.

Mythe de la boule de cristal :

Croyance que la personne seule de l'expert lui permet de tirer des conclusions sans avoir à collecter des faits.

Neutralité axiologique selon Hans Jonas :

Sur le plan méthodologique, signifie être un observateur impartial. Sur le plan ontologique consiste à considérer l'objet de la connaissance comme sans valeur.

Nihilisme de la valeur (Värdenihilism) :

Estime qu'il n'y a pas de vérités morales objectives.

Principe de bienveillance multilatérale :

Principe d'épouser tous les points de vue des acteurs en présence au cours du procès pénal pour examiner les faits tangibles susceptibles d'être utiles à chacune des parties mais également tous les faits intéressant les autres intervenants en présence, en premier lieu les magistrats.

Réalisme de la valeur (Värderealism) :

Estime qu'il y a des vérités morales objectives.

Robustesse :

Correspond à l'exhaustivité de l'enquête selon Roberth Nordh. Je définis pour ma part la robustesse comme le volume de circonstances utiles et connues qui est nécessaire pour parvenir à une conclusion renseignée.

Pathognomonie :

Est pathognomonique ce qui est spécifique d'une maladie ou d'une condition, de telle façon à ce qu'aucune autre maladie ou condition ne soit possible.

Pragmatisme :

De celui qui sait et de celui qui décide, ce sont les deux qui prennent la décision.

Pratique (le pratique) :

Prise d'une décision

Sapiteur :

Apporte une aide expertale à un expert sans être lui-même co-expert ou co-signataire de l'expertise.

Sens commun (selon Philippe Coppens) :

Ensemble des croyances d'une communauté culturelle et interprétative donnée qui forme la Weltanschauung ou la vision du monde de cette communauté.

Technique (le technique) :

Observation des faits nécessaires à une prise de décision

Technocratisme :

De celui qui sait et de celui qui décide, c'est le premier qui prend la décision.

Tolérance :

Phénomène nécessitant d'augmenter les doses d'une substance pour retrouver les mêmes effets.

Vraisemblance technique :

Produit d'une asymétrie d'identification de lésions discordantes et/ou compatibles et/ou caractéristiques par rapport à des mécanismes de survenue de ces lésions proposés par le(s) plaignants, mis en cause et éventuellement témoin(s).

BIBLIOGRAPHIE

1. LIVRES

- Abric Jean-Claude, *Psychologie de la communication, théories et méthodes*, Paris, Armand Colin, 2013.
- Adamson Joy, *BORN FREE: THE FULL STORY*, Londres, Pan Books, 2010.
- Appien, *Les Guerres civiles à Rome*, Livre II, Traduction de J.-I. Combes-Dounous. Paris, Les Belles Lettres, coll. La Roue à Livres, 1993.
- Bajada Joseph, *SEXUAL IMPOTENCE : THE CONTRIBUTION OF PAOLO ZACCHIA, 1584-1659*, Rome, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1988.
- Batifol Henri, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1979.
- Bichat Xavier, *Recherches physiologiques sur la vie et la mort (première partie) et autres textes*, Paris, GF-Flammarion, 1994.
- Blackburn Simon, *ESSAYS IN QUASI-REALISM*, Oxford, Oxford University Press, 1993.
- Canguilhem Georges, *Idéologie et rationalité dans les sciences de la vie*, Paris, Vrin, 2009.
- Cassirer Ernst, *Axel Hägerström*, Stockholm, Thales, 2005.
- Cassirer Ernst, *Éloge de la métaphysique : Axel Hägerström, une étude de la philosophie suédoise contemporaine*, Paris, Cerf, 1996.
- Chateauraynaud Francis, *Argumenter dans un champ de forces, essai de balistique sociologique*, Paris, Petra, 2011.
- Coppens Philippe, *Normes et fonction de juger*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 1998.
- Darwin Charles, *La descendance de l'Homme et la sélection sexuelle*, trad. E. Barbier, Paris, C. Reinwald, 1891.
- Debru Claude, *Georges Canguilhem, Science et non-science*, Paris, Rue d'Ulm, 2004.

Bibliographie

- Dewey John, *A COMMON FAITH*, New Haven et New-York, Yale University Press, 2013.
- Dewey John, *LOGIC: THE THEORY OF INQUIRY*, Redditch, Read Books, 2007.
- Dion Cassius, *Histoire romaine*, Livre XLIV (les événements de l'année 44), Paris, Didot Frères, 1850.
- Ekelöf Per Olof, Edelstam Henrik, Heuman Lars, *Rättegång, fjärde häftet*, Stockholm, Norstedts juridik, 2009.
- Épictète, *Entretiens livres I à IV*, Paris, Gallimard, Tel, 2009.
- Eutrope, *Abrégé d'histoire romaine*, Livre VI, ed. et trad. J. Hellegouarc'h, Paris, les Belles Lettres, 1999.
- Fagot-Largeault Anne, *Les causes de la mort, histoire naturelle et facteurs de risque*, Paris, Vrin, 1989.
- Faigman David L., Kaye David H., Saks Michael J., Sanders Joseph, *SCIENCE IN THE LAW: FORENSIC SCIENCE ISSUES*, St. Paul, West Group, 2002.
- Feldt Kjell-Olof, von Otter Birgitta, *Barnläkarfallet: en förnekad rättsskandal*, Stockholm, Albert Bonniers förlag, 2013.
- Foucault Michel, *Les anormaux, cours au Collège de France, 1974-1975*, Paris, Seuil/Gallimard, 1999.
- Gunarsdotter Sara, *3 ml om ett blodprov och ett åtal*, Stockholm, Läkartidningen Förlag, 2012.
- Habermas Jürgen, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.
- Habermas Jürgen, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Gallimard, Tel, 2011.
- Habermas Jürgen, *L'éthique de la discussion et la question de la vérité*, Paris, Bernard Grasset, 2003.
- Heurtin Jean-Philippe, *La sociologie du droit de Max Weber*, Paris, Dalloz, 2006.

Bibliographie

- Hydén Håkan, Hydén Therese, *Rättsregler: En introduktion till juridiken*, Lund, Studentlitteratur, 2011.
- Hägerström Axel, *Sociofilosofiska uppsatser*, Göteborg, Daidalos, 2010.
- Ivainer Théodore, *L'interprétation des faits en droit*, Paris, L.G.D.J., 1988.
- Jonas Hans, *L'art et la responsabilité médicale*, Paris, Cerf, 2012.
- Juel Thérèse, *Fällda för sexövergrepp – om rättsfall i Sverige*, Stockholm, Ica bokförlag, 2010.
- Kalinowski Georges, *Introduction à la logique juridique*, Paris, L.G.D.J., 1965.
- Kant Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Le livre de poche, 2013.
- Lavelle Louis, *Traité des valeurs, Tome I: théorie générale de la valeur*, Paris, PUF, Logos, 1991.
- Lavelle Louis, *Traité des valeurs, Tome II: le système des différentes valeurs*, Paris, PUF, Logos, 1955.
- Leclerc Olivier, *Le juge et l'expert: contribution des rapports entre le Droit et la Science*, Paris, L.G.D.J., 2005.
- Lecomte Dominique, *Quai des ombres, vingt ans au service des morts*, Paris, Pocket, 2012.
- Lewis Clarence Irving, Langford Cooper Harold, *SYMBOLIC LOGIC*, New York, The Century Philosophy Series, 1932.
- Läkemedelsindustriföreningens Sverige, *FASS 2013 A-L*, Stockholm, LIF, 2012.
- Miras Alain, Fanton Laurent, Tilhet-Coartet Stéphane, Malicier Daniel, *La levée de corps médico-légale*, Paris, Eska, 1998.
- Munck Johan, *Sveriges Rikes Lag*, Stockholm, Norstedts juridik, 2012.
- Nicolas de Damas, *La mort de Jules César*, Paris, René Pincebourde éditeur, 1865 (texte numérisé).

Bibliographie

- Nordh Robert, *Praktiskt process VI Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor, om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala, Iustus, 2009.
- Nordh Roberth, *Praktiskt process VII Bevisrätt B – Bevisbörda och beviskrav*, Uppsala, Iustus, 2011.
- Nordh Roberth, *Praktiskt process VIII Bevisrätt C – Bevisvärdering*, Uppsala, Iustus, 2013.
- Office of the United Nations, High commissioner for human rights, *ISTANBUL PROTOCOL, MANUAL ON THE EFFECTIVE INVESTIGATION AND DOCUMENTATION OF TORTURE AND OTHER CRUEL, INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT*, New-York/Genève, the United Nations, 2005.
- O'Hear Anthony, *PHILOSOPHY AT THE NEW MILLENIUM*, Cambridge, Cambridge University press, 2001.
- Olsson Hanna, *Catrine och rättvisan*, Stockholm, Pocky, 2005.
- Perelman Chaïm, *Logique Juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2010.
- Perelman Chaïm, *Éthique et droit*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2011.
- Plutarque, *Vies parallèles*, trad. E. Chambry et R. Flacelière, (Vie de César) t. I, Paris, Bouquins, 2001.
- Plutarque, *Vies parallèles*, trad. E. Chambry et R. Flacelière, (Vie de Brutus) t. II, Paris, Bouquins, 2001.
- Popper Karl, *CONJECTURES AND REFUTATIONS: THE GROWTH OF SCIENTIFIC KNOWLEDGE*, Londres, Routledge, 1989.
- Putnam Hilary, *Fait/valeur : la fin d'un dogme et autres essais*, Paris-Tel Aviv, L'éclat, 2004.
- Rameix Suzanne, *Les fondements philosophiques de l'éthique médicale*, Paris, Ellipses, 2002.

Bibliographie

- Rammer Lennart, *Kvalitetsarbete inom svensk rättsmedicin i en internationell jämförelse, RMV-rapport 2011:2*, Stockholm, Rättsmedicinalverket, 2011.
- Regeringskansliet/Utrikesdepartement, *Utrikes namnbok Svenska myndigheter, organisationer, titlar, EU-organ och länder på engelska, tyska, franska, spanska, finska och ryska*, 9:e reviderade upplagan, Stockholm, Utrikesdepartement, 2013.
- Ross W.D., *THE WORKS OF ARISTOTLE*, Oxford, Clarendon Press, 1908.
- Saint Thomas, *Somme théologique Iia-IIae*, traduction de Documenta Catholica Omnia
- Schmitt Carl, *POLITICAL THEOLOGY*, Chicago/London, The Chicago University Press, 1985.
- Schopenhauer Arthur, *L'Art d'avoir toujours raison*, Paris, Mille et une nuits, 2000.
- Spencer Herbert, *Les bases de la morale évolutionniste*, New-York, General Books, 2012.
- Suétone, *Vie des Douze Césars*, Paris, Les Belles Lettres, 2013.
- Tursz Anne, *Les oubliés, enfants maltraités en France et par la France*, Paris, Seuil, 2010.
- Valère Maxime, *Faits et dits mémorables*, I. VIII, éd. Constant, Paris, Garnier, 1935.
- Velleius Paterculus, *Histoire romaine* t. I et II, éd. et trad. J. Hellegouarc'h, Paris, Les Belles Lettres, 1982.
- Voltaire (Arouet François-Marie dit), *Zadig ou la destinée*, Paris, Larousse : Petits Classiques, 2006.
- Wahlberg Lena, *LEGAL QUESTIONS AND SCIENTIFIC ANSWERS : ONTOLOGICAL DIFFERENCES AND EPISTEMIC GAPS IN THE ASSESSMENT OF CAUSAL RELATIONS*, Lund, Lund Universitet Förlag, 2010.
- Weber Max, *Le savant et le politique*, Paris, Bibliothèques 10/18, 2002.
- Weber Max, Kalinowski Isabelle, *La science, profession et vocation suivi de Leçons wébériennes sur la science et la propagande*, Marseille, Agone, 2005.
- Weber Max, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, Quadrige, 2007.

Bibliographie

- Wennberg Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, Stockholm, Norstedt Juridik, 2011.
- Wiggins David, *NEED, VALUES, TRUTH : ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF VALUE*, Oxford & New York: Clarendon, 1998.

2. ARTICLES

- Bénézech, M. (2007). Vérité et mensonge: l'évaluation de la crédibilité en psychiatrie légale et en pratique judiciaire. *Annales médico-psychologiques*, 165 : 351-364.
- Carty, H.M.L. (1993). FRACTURES CAUSED BY CHILD ABUSE. *The journal of bone and joint surgery*, 75 (6), 849-857.
- Caster, S. (4 décembre 1996). Manuel Wackenheim, «nain volant», petit homme pour qui « c'est comme ça » et ne désarme pas. Interdit de vol. *Libération*. Disponible le 4 août 2014 sur le site liberation.fr
- Colla, P., (2000). Le värdenihilism comme idéologie suédoise ? Dans P. Bouquet (Édit.), *Droit et littérature dans le contexte suédois* (p. 53-82). Paris : Éditions Flies.
- Court, B.W.M. (1968). MALES WITH AN XYY SEX CHROMOSOME COMPLEMENT. *Journal of Medical Genetics*, 5 (4), 341-359.
- Debru, A., (1991). Expérience, plausibilité et certitude chez Galien. Dans J.A. López Férez (Édit.), *Galeno, obra, pensamiento e influencia: coloquio internacional celebrado en Madrid, 22-25 de Marzo de 1988* (p.31-40), Madrid : Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Deflem, M. (1995). Théorie du discours, droit pénal et criminologie. *Déviance et société*, 19 (4), p. 325-338.
- Durkheim, É. (3 juillet 1911). Jugements de valeur et jugements de réalité, *Revue de Métaphysique et de Morale*, édition numérique issue de la collection: « Les classiques des

Bibliographie

- sciences sociales », disponible le 4 août 2014 sur le site de la Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi.
- Finnie, J.W., Blumbergs, P.C., Manavis, J., Turner, R.J. et al. (2012). NEUROPATHOLOGICAL CHANGES IN A LAMB MODEL OF NON-ACCIDENTAL HEAD INJURY (THE SHAKEN BABY SYNDROME). *J Clin Neurosci*. 19 (8), 1159-1164.
 - Fraiberg, S., *Emmanuel Lévinas : le sens universel de l'élection*. Disponible le 5 août 2014 sur le site Massorti.com
 - Gross, S.R. (2008). CONVICTING THE INNOCENT. *Annual Review of Law and Social Science*. 4, 173–192.
 - Günther, K. (1991). Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts. Dans Heike Jung (Édit.), *Recht und Moral* (p. 205-217). Baden-Baden : Nomos.
 - Göransson, M. (Février-Mars 2014). Ledarsida. *Filter*
 - Harne, A. (26 août 2003). Arne begravdes utan sin hjärna. *Aftonbladet*. Disponible le 4 août 2014 sur le site aftenbladet.se
 - Johnson, J. (28 août 1988). LIMITATIONS OF AUTOPSIES FAIL TO DETECT RARE POISONS. *Los Angeles Times*. Disponible le 4 août 2014 sur le site latimes.com
 - Juillet, A.-C. (3 novembre 2007). L'instituteur accusé de pédophilie s'était suicidé. *Le parisien*. Disponible le 4 août 2014 sur le site leparisien.fr
 - Jung, H. (2010). Formes et modèles du procès pénal : Sauvegardes contre la manipulation ?. Dans Alain Berthoz, Carlo Ossola et Brian Stock (Dir.), *La pluralité interprétative, fondements historiques et cognitifs de la notion de point de vue*. Paris : Collège de France.
 - Karger, B., Niemeyer, J., & Brinkmann, B. (1999). PHYSICAL ACTIVITY FOLLOWING FATAL INJURY FROM SHARP POINTED WEAPONS. *Int J Legal Med*, 112, 188-191.

Bibliographie

- Kreppel, H., Reichl, F.X., Kleine, A., Szinicz, L., Singh, P.K. & Jones M.M. (1995). ANTIDOTAL EFFICACY OF NEWLY SYNTHESIZED DIMERCAPTOSUCCINIC ACID (DMSA) MONOESTERS IN EXPERIMENTAL ARSENIC POISONING IN MICE. *Appl. Toxicol.* 26 (2), 239-245.
- Kronstad, R. (2004). Det hänger på håret. *Bioscience explained*, 2 (1). Disponible le 4 août 2004 sur le site Bioscience-explained.org
- Langlois, N.E.I & Gresham G.A., THE AGEING OF BRUISES: A REVIEW AND STUDY OF THE COLOUR CHANGES WITH TIME. *Forensic Science International*, 50 (2), 227-238.
- Leijonhufvud, M., Lynøe, N. (10 novembre 2011). Berodde åtalet i « barnläkarfallet » på bristande vetenskapligt förhållningssätt ? *Läkartidningen*. NR 46 VOL 108.
- Michard, J.-F., Ybo, A. (29 avril 2013). Att skydda barnets intressen är inte att tro att man kan gissa vad som rör sig i barnets huvud. *Dagens juridik*. Disponible le 31 janvier 2014 sur le site dagensjuridik.se
- Moritz, A.R. (1981). CLASSICAL MISTAKES IN FORENSIC PATHOLOGY. *American journal of forensic medicine and pathology*. 2 (4), 299-308.
- Nordgaard, A., Wistedt, I., Drotz, W., Elmqvist, J., Höglund, T., Jaeger, L., Torbjörnsson, L.M., Palmberg, J. & coll. (janvier 2010). *Uppfattning av värdeord i sakkunnigutlåtanden. En studie genomförd bland olika aktörer i den svenska rättsprocessen*, Linköping. Statens Kriminaltekniska Laboratorium.
- Ossola, C. (2010). Le paradoxe herméneutique. Dans Alain Berthoz, Carlo Ossola et Brian Stock (Dir.), *La pluralité interprétative, fondements historiques et cognitifs de la notion de point de vue*. Paris : Collège de France.
- Palmgren, G. (2005). Skanning av lik ersätter obduktion. *Illustrerad Vetenskap*. IV (7), 36.39.

Bibliographie

- Peckels, B. & Moreau, S. (2008). Les mobiles de l'expertise, entretien avec Francis Chateauraynaud. *Experts*, 78, p. 1-4.
- Peel, M. (2009). MEDICAL DOCTORS: THE KEY TO PREVENT IMPUNITY. Dans Susanne Kjær et Asger Kjærsum (Édit.), *Shedding light on a dark practice, using the Istanbul protocol to document torture* (p. 14-17). Copenhague : International Rehabilitation Council for Torture Victims.
- Perklev, A., Englund, N. (3 mai 2012). *Beslut efter granskning av åklagares handläggning av det s.k. Läkarmålet. ÅM 2011/8489 & ÅM-A 2011/1646*. Stockholm, Åklagarmyndigheten.
- Sauvageau, A., Trépanier, J.-B. & Racette, S. (2006). DELAYED DEATHS AFTER VASCULAR TRAUMATISM: TWO CASES. *Journal of clinical forensic medicine*, 13, 344-348.
- Sjören, T. (6 mars 2014). Förtroendebarmeter 2014, allmänhetens förtroende för institutioner, politiska partier, massmedier & företag. *Mediaakademien*. Disponible le 21 août 2014 sur le site mediaakademien.se
- Skowronska, W. (2011). THE HIDDEN STORY OF NON-DIRECTIVE COUNSELLING. *Life Lines*. 24 (1), 8-10.
- Svensson, K., Andersson A.-L., Berkowicz, A., Beskow, J., Fredlund, T., Lindberg, E. & Rådbo, H. (1^{er} juillet 2011). *Metod för suicidklassning av dödsfall transportsystemet, suicid klassning av 2008 och 2009 års dödsfall i vägtrafiken*. Publication 2011:128, Stockholm, Trafikverket.
- Toftegaard Nielsen, G. (2012). THE EVIDENCE OF MEDICAL EXPERT WITNESSES IN CRIMINAL PROCEEDINGS. *Scandinavian Journal of Forensic Science*. 18 (1), 1-147.

Bibliographie

- Tuerkheimer, D. (2011). SCIENCE-DEPENDENT PROSECUTION AND THE PROBLEM OF EPISTEMIC CONTINGENCY: A STUDY OF SHAKEN BABY SYNDROME. *Alabama Law Review*. 62 (3), 513-569.
- Thiblin, I., Wennstöm, B., Allen, M. (10 janvier 2012). Låt även försvararsidan få tillgång till rättsmedicinsk expertis, *Läkartidningen*.
- Underwager, R., & Wakefield H. (1994). A PARADIGM SHIFT FOR EXPERT WITNESSES. Dans J.J. Krivacska & J. Money (Édit.), *Handbook of Forensic Sexology* (p. 541- 558). Buffalo, New York : Prometheus Books.
- Wismann, H. (2000). Connaissance et responsabilité : pour une éthique de l'expertise scientifique. *Académie d'agriculture de France*, 086 (005), 29-33A.
- Wismann, H. (janvier 2004). Le savant et la Cité. Pour une éthique de l'expertise scientifique. *Le Banquet*. Disponible le 4 août 2014 sur le site officiel de la revue, 1-5.
- Zelmin-Ekenhem, E., Sjödin, A.-K., Naess, E. & Rydén, A. (11 novembre 2011). Kritiken mot RMV är felaktig. *Svenska dagbladet*. Disponible le 4 août 2014 sur le site svd.se

3. TEXTES JURIDIQUES

a. Suède

Une des lois constitutionnelles :

- Regeringsformen (SFS 1974:152)

Codes :

- Brottsbalk (1962:700) – (SFS 1962:700, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:615)
- Rättegångsbalk (1942:740) – (SFS 1942:740, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:904)

Bibliographie

Lois :

- Lag (1964:167) med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare (SFS 1964:167, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:650)
- Lag (1973:240) - (SFS 1973:240)
- Lag (1982:316) med förbud mot könsstympning av kvinnor (SFS 1982:316, uppdaterad: t.o.m. SFS 1999:267)
- Förvaltningslagen (1986:223) – (SFS 1986:223, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:630)
- Lag (1995:831) om transplantation m.m. (SFS 1995:831, uppdaterad: t.o.m. SFS 2006:354)
- Lag (1995:832) om obduktion m.m. (SFS 1995:832, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:760) & Förarbetena till lagen 1995:832 - Prop. 1994/95:148
- Lag (2003:460) om etikprövning av forskning som avser människor (SFS 2003:460, uppdaterad: t.o.m. SFS 2008:192)
- Smittskyddslagen (2004:168) – (SFS 2004:168, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:763)
- Lag (2005:225) om rättsintyg i anledning av brott (SFS 2005:225, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:651)
- Lag (2008:192) om ändring i lagen (2003:460) om etikprövning av forskning som avser människor (SFS 2008:192)
- Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) – (SFS 2009:400, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:987)

Règlements :

- Förordning (2005:1063) om rättsintyg i anledning av brott (SFS 2005:1063, senast ändrad: 2006-06-30)
- Förordning (2007:976) med instruktion för Rättsmedicinalverket (SFS 2007:976,

Bibliographie

uppdaterad: t.o.m. SFS 2013:802)

- Förordning (2009:1243) med instruktion för Socialstyrelsen (SFS 2009:1243, uppdaterad: t.o.m. SFS 2014:394)

Règlements et conseils généraux de la Direction nationale suédoise de la santé et des affaires médicales

- SOSFS (2005:29) - Socialstyrelsens föreskrifter om utfärdande av intyg inom hälso- och sjukvården m.m. (senast ändrad: t.o.m. SOSFS 2013:4)
- SOSFS (2008:17) - Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om läkarnas Specialiseringstjänstgöring (senast ändrad: t.o.m. SOSFS 2012:8)
- SOFS (2009:30) Socialstyrelsens föreskrifter om donation och tillvaratagande av organ, vävnader och celler (senast ändrad: t.o.m. SOSFS 2014:3)
- SOSFS (2013:4) Bilaga 3 (Dödsbevis – blanket SoSB 76026) & Bilaga 4 (Dödsorsaksintyg – blanket SoSB 76016)

Règlements de la Direction nationale de la médecine légale de Suède

- Rättsmedicinalverket. (mai 2006). *Rättsmedicinalverkets interna föreskrifter och riktlinjer, Rättsläkarens roll i rättsprocessen*. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se
- Rättsmedicinalverket. (1^{er} avril 2014). Ledningssystem för RMV, Interna föreskrifter och riktlinjer, *Rättsmedicinalverkets riktlinjer för expertrollen i rättsprocessen*. Utgåva nr : 1, Dokument : IFR3 04, citation du document avec l'aimable autorisation de Ingela Dahlin
- Rättsmedicinalverket. (12 janvier 2006). *Mall för skrivande av rättsintyg grundat på annans dokumentation*. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se
- Rättsmedicinalverket. (22 mars 2006). *Mall för skrivande av rättsintyg grundat på*

Bibliographie

kroppundersökning. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se

- Rättsmedicinalverket. (21 février 2014). *Årsredovisning 2013*. Dnr X13-90112. Disponible et téléchargeable en ligne le 5 août 2014 sur le site rmv.se

b. France

- Conseil constitutionnel, décision du 27 juillet 1994 concernant les lois dites de bioéthiques
- Conseil d'Etat statuant au contentieux N° 136727, Arrêt Commune de Morsang-sur-Orge, lecture du 27 octobre 1995
- Loi française n° 2011-525 du 17 mai 2011 sur la simplification et la clarification du droit
- Proposition de loi constitutionnelle N° 416 tendant à compléter la Constitution française en son Préambule et en son article 1 alinéa 1 en y insérant le respect de la « dignité humaine », déposée à l'Assemblée nationale le 15 novembre 2012

c. États-Unis

- Frye v. United States. 293 F. (D.C.. Cir 1923)
- Federal rules of evidence, Public law 93-594-JAN. 2, 1975, Rule 702. Testimony by expert witnesses (As amended Apr. 17, 2000, eff. Dec. 1, 2000; Apr. 26, 2011, eff. Dec. 1, 2011)
- Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals (92-102), 509 U.S. 579 (1993)
- General Electric Co. v. Joiner (96-188), 522 U.S. 136 (1997)
- Kumho Tire Co. v. Carmichael (97-1709) 526 U.S. 137 (1999)
- Illinois coroners and medical examiners Association. (avril 2007). Guidelines for the determination of manner of death. Document disponible et téléchargeable le 5 août 2014 sur

le site Coronersillinois.org

4. AUTRES DOCUMENTS

- Médiateur de la République française (mai 2009). Note d'information intitulée « *Renforcement de l'encadrement juridique des autopsies judiciaires* » adressée à la Garde des Sceaux et Ministre de la Justice, à la Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales et à la Ministre de la Santé et des Sports
- Le défenseur des droits. (27 juin 2011). *Renforcement de l'encadrement juridique des autopsies judiciaires (clôture en satisfaction de la proposition de réforme 09-R008)*

Le territoire du médecin légiste

Éthique & Épistémologie de l'expertise médico-judiciaire

Le rapport d'expertise du médecin légiste a souvent un rôle déterminant dans de nombreux procès criminels pour condamner ou relaxer un mis en cause. En révélant des faits utiles à l'enquête, le médecin légiste a le devoir d'être neutre, d'utiliser les données actuelles de la science et de rechercher la vérité de ce qui s'est passé. Mais la position classique de neutralité axiologique est-elle pertinente? Peut-on évacuer les valeurs de l'expertise? La vérité est-elle accessible? Qu'est-ce que la science en médecine légale? Le médecin légiste n'utiliserait-il pas d'autres outils pour arriver à ses conclusions? Pour répondre à ces questions, ce travail se propose d'étudier le rapport entre faits et valeurs au sein de l'expertise médico-judiciaire ainsi que d'examiner comment s'élaborent les conclusions du médecin légiste et la manière dont il les exprime.

The field of forensic medicine

Ethics and the science of philosophy by forensic medical specialists

The expert report composed by a forensic pathologist often plays a key role in many criminal trials in order to either free or convict the defendant. By unearthing useful facts for the inquiry, the forensic pathologist has a duty to be neutral, use up-to-date scientific knowledge and data and to search for the truth in underlying events. But is the usual position of axiological neutrality relevant? Can values be evacuated from the expertise? Can the truth be achieved? What is actually science in the field of forensics? Is the forensic pathologist not using other tools to reach a conclusion? To address these issues, this work proposes to investigate the relationship between facts and values in the field of forensic expertise, as well as to examine the way the forensic scientists draw conclusions and in turn how these are stated.