

L'expertise en matière de responsabilité médicale

Résumé

L'expertise est souvent nécessaire en matière de responsabilité médicale compte tenu de la technicité de la faute et de l'incompétence du juge dans ce domaine.

Mais pour être indispensable, celle-ci n'en présente pas moins certains dangers. Outre la partialité du rapport d'expertise en raison des tendances scientifiques prédominantes chez ce dernier et qui pourraient influencer d'une certaine façon les conclusions auxquelles il parvient, il existe d'autres risques, résidant notamment dans la possibilité d'un débordement du rapport d'expertise du domaine technique au domaine juridique ou de la tentation du juge lui-même de déléguer à l'expert des attributions d'ordre juridique.

Certes, il existe un certain nombre de moyens aussi bien au niveau des textes que des principes généraux du droit qui pourraient contribuer à contrer ces dangers, mais leur efficacité est tributaire de la volonté du juge de les mettre en œuvre sur le plan pratique.

**Dr BOUSSOUF-
HAMANA Naziha**
Département de Droit
Université Mentouri
Constantine (Algérie)

ملخص

اللجوء الى الخبرة ضروري في أغلب الأحيان في مجال المسؤولية الطبية نظرا لتقنية الخطا و عدم كفاءة القاضي في هذا الميدان .

ورغم أهميتها، فالخبرة لا تخلو من المخاطر قد يكون قرار الخبرة متحيزا نتيجة "للتضامن الطبي" أو اللاموضوعية العلمية والتي من شأنها أن تؤثر بشكل واضح على النتائج التي يصل إليها الخبير.

وقد يحدث كذلك أن ينتقل عمل الخبير من المجال التقني إلى المجال القانوني الذي هو من اختصاص القاضي فحسب. صحيح ان هنالك وسائل على مستوى النصوص او المبادئ العامة للقانون والتي يمكن بواسطتها تفادي هاته المخاطر، الا أن نجاعتها تبقى خاضعة لارادة القاضي من أجل تجسيدها في الواقع الملموس.

Le juge et son expert forment un couple mal assorti expert forment un couple mal assorti que divise la différence des points de vue et des langues" affirme M. le Professeur Vouin (1); mais s'il est un domaine ou "ce couple" est bien obligé de cohabiter, c'est bien le domaine médical; le Pr. Vouin le reconnaît d'ailleurs lui-même implicitement lorsqu'il admet que "la technicité justifie le principe de l'expertise" (2).

Dès lors, on ne saurait nier que la faute médico-chirurgicale soit le domaine de l'expertise par excellence.

En raison de sa technicité, cette faute ne peut en effet être appréciée que par rapport à des normes spécifiques que le juge ne peut appréhender à lui seul, s'agissant d'un domaine qui lui est totalement étranger, où de nombreuses questions sont de surcroît l'objet de controverses scientifiques.

L'expertise est généralement définie comme étant "la procédure qui a pour but d'utiliser les connaissances d'un technicien pour tirer au clair

une question dont la solution demande une compétence technique dont le juge est dépourvu" (3); elle est donc souvent nécessaire pour déterminer les causes de l'accident mais aussi pour préciser si le comportement du prévenu a été défaillant par rapport à celui du modèle de référence qui se serait conformé aux données actuelles de la science dont la méconnaissance constitue une faute.

Mais pour être nécessaire dans les affaires de responsabilité médicale, l'expertise n'en comporte pas moins certains dangers qu'il convient d'identifier, avant de s'interroger sur les moyens susceptibles d'être utilisés pour y palier.

I- Les risques de perversion de l'expertise

Le premier danger résulte de la possibilité d'un glissement de la mission de l'expert du domaine technique vers le domaine juridique. La principale raison d'un tel glissement tient au fait que la délimitation entre les opérations techniques dévolues à l'expert et l'appréciation juridique qui est réservée en principe au juge n'est guère aisée.

"La faute médicale étant définie comme le manquement aux données de la science- observe un auteur (4) - l'expert qui constate que le comportement du défendeur s'écarte du comportement type du médecin avisé, prodiguant des soins consciencieux et conformes aux données actuelles ou acquises de la science, paraît naturellement conduit à se prononcer en faveur de l'existence de la faute".

Parfois, il y a confusion entre les deux aspects scientifique et déontologique de la mission de l'expert. Il en est ainsi par exemple lorsque ce dernier conclut dans son rapport que le comportement des deux chirurgiens- qui n'ont pas tenu compte des douleurs ressenties par le malade et de ses appels incessants – "peut être considéré comme le manque d'attention au sens déontologique du terme" (5). De telles conclusions ne peuvent qu'influencer l'appréciation juridique que le juge devra faire de ce comportement.

L'expert peut même parfois se laisser aller à porter un jugement sur la responsabilité du prévenu; il en est particulièrement ainsi lorsqu'il affirme dans ses conclusions que "le médecin anesthésiste doit assumer les conséquences de son anesthésie de la responsabilité des préjudices causés au malade" (6).

Le juge de son côté - compte tenu de la technicité de la faute - peut être tenté de s'en remettre à l'expert pour la détermination de l'existence de cette dernière.

La formulation de certaines décisions est parfois révélatrice de cette tendance qualifiée par d'aucuns (7) de "délégation d'attribution à caractère juridique à l'expert: "ainsi celle qui se borne- par une sorte de lapsus- à rappeler qu'il apparaît à travers le dossier de l'affaire...et surtout du rapport d'expertise que tous les éléments de l'infraction sont réunis" (8).

Cette pratique relativement courante dans la jurisprudence française (9) - bien que prohibée par la loi- à été vigoureusement dénoncée: "dans le domaine de la justice comme dans les autres, depuis plusieurs années, le rôle du technicien s'est étendu. Naguère, on lui demandait exceptionnellement un rapport sur tel ou tel problème déterminé et de stricte compétence. Aujourd'hui, à tout propos, voire hors de propos, on s'en rapporte à lui, non pas seulement pour faire la constatation et vérification matérielles mais pour conclure en droit" (10).

Or, ne manque pas de le rappeler M. le Professeur Vouin, "l'expert n'est pas le juge...le pouvoir de juger n'est pas de ceux qui se délèguent. Si le juge, en raison de son incompétence technique peut recourir à l'assistance de l'expert, il ne doit pouvoir demander à ce dernier qu'une assistance technique" (11).

Abondant dans le même sens, J. Penneau observe à ce propos (12) que "l'expertise ne doit intervenir que comme complément de l'expérience du juge dans un domaine qu'il ignore.

Il est donc nécessaire qu'il place la mission de l'expert sur un terrain strictement objectif et technique et se réserve expressément l'appréciation et la qualification des éléments qui lui sont fournis."

Une deuxième risque est également à relever qui a trait cette fois-ci à la valeur du rapport d'expertise lui-même qui peut acheminer sur plusieurs écueils. Le premier est lié au milieu dans lequel évolue généralement l'expert, "le danger de l'expert dont la science force le respect de tous note M. Hannequart (13), mais dont la carrière est totalement vouée soit à l'enseignement, soit à des recherches de laboratoire est aussi à redouter.

L'expert serait ainsi, compte tenu de l'environnement dans lequel il évolue habituellement, assez loin des réalités d'une profession difficile.

J. Penneau remarque en effet à ce propos, que "certains rapports d'experts étonnent le praticien: les précautions énoncées sont matériellement irréalisables et ne sont même pas réalisées dans des services hospitaliers hautement spécialisés" (14) d'autant plus signale-t-il qu'il est souvent plus facile à -posteriorité pour l'expert de dire ce qui idéalement aurait dû se faire dans l'abstrait que de le faire au moment utile.

C'est donc là un paramètre dont il faut tenir compte dans l'évaluation du rapport d'expertise même s'il ne se vérifie pas toujours.

Le second écueil peut résider dans la solidarité professionnelle susceptible de créer selon les termes de M.R. Savatier "une confraternelle indulgence" (15). Il est vrai, observe cet auteur, que "l'on ne saurait suspecter, et surtout méconnaître les exigences propres de la profession médicale dont il a le sentiment plus immédiat que le juge"; dans la majorité des cas, d'ailleurs, les experts accomplissent leur mission honnêtement et avec la plus stricte objectivité. Il reste, cependant, que certains d'entre eux pourraient être tentés, par une attitude contraire à la déontologie, de protéger leur confrère sans qu'aucune autre considération que l'esprit de corps n'entre en jeu; ce qui constituerait le cas échéant, un manquement grave à la probité et à l'honneur de la profession.

Parfois, la démarche peut être plus insidieuse: pris entre la confraternité professionnelle et le mandat de justice qui leur est confié, certains experts médicaux, pour essayer de ne heurter directement ni l'un ni l'autre, sont enclins à n'être que relativement sincères; ils le sont généralement dans leurs constatations, mais la conclusion de leur rapport couvre ensuite confraternellement le médecin défendeur par des appréciations bienveillantes de sa conduite (16).

Compromis difficile "entre la confraternité et la franchise, qui peut risquer à la fois de tromper un juge insuffisamment averti et de mécontenter le confrère trop mal couvert au fond à son gré", note avec raison R. Savatier (17).

D'aucuns relèvent également l'attitude inverse résultant de "l'esprit justicier" qui anime parfois l'expert et qui le conduit à charger le prévenu. Il est possible de citer à cet

égard l'exemple du procès d'un guérisseur ou d'un confrère impliqué dans une affaire d'avortement; l'expert consciemment ou non, sera mal disposé envers le prévenu, et là encore le juge risque d'être trompé par son zèle.

Un troisième écueil enfin peut résulter de ce que les constatations de l'expert soient rarement exemptes de tout élément d'opinion, de sorte qu'elles ne sont pas elles-mêmes à l'abri de toute contestation et partant, ne représentent pas forcément la vérité scientifique telle que le juge pourrait légitimement l'attendre de cet expert.

L'ensemble de ces considérations posent ainsi la question du choix de l'expert, de la délimitation de l'objet de sa mission et surtout de la position du juge devant les résultats de l'expertise; en d'autres termes, celles des remèdes possibles pour pallier les risques recensés précédemment.

II- Les remèdes possibles

Il convient de signaler tout d'abord que l'expertise en matière pénale est facultative; elle est laissée à l'appréciation du juge d'instruction ou de jugement. C'est ce qui ressort de la formulation même de l'article 143 du code de procédure pénale: le terme, "peut" figurant dans la rédaction de ce texte est significatif à cet égard et montre bien que la désignation d'experts est une faculté laissée à l'appréciation souveraine du juge et ne constitue guère une obligation.

Il faut préciser d'autre part, que le choix de l'expert est réglé dans son aspect formel par les articles 144 et 145 du code de procédure pénale; l'article 144 1er notamment, prévoit que "les experts sont choisis sur une liste dressée par les cours après avis du Ministère Public"; ce qui suppose que les hommes de science ainsi agréés auprès des cours, le sont en principe en fonction du double critère de compétence et de probité nécessaire à l'accomplissement d'une telle mission.

L'expert devra par ailleurs prêter serment de remplir fidèlement sa mission et de donner son avis en toute impartialité et indépendance (article 145 du code de procédure pénale); les peines dont il est possible en cas d'avis mensonger (article 238 du code de procédure pénale) sont d'ailleurs les mêmes que celles prescrites pour le faux témoignage, ce qui pourrait le dissuader de dénaturer les conclusions auxquelles il est parvenu.

D'un autre côté, la possibilité de faire appel à une co-expertise pourrait constituer à priori une garantie supplémentaire de la fiabilité du rapport d'expertise. Certains auteurs plaident même en faveur d'une systématisation de cette procédure comme un moyen d'atténuer les dangers de cette dernière (18).

L'article 147 du code de procédure pénale offre d'ailleurs cette possibilité au juge d'instruction qui "peut désigner un ou plusieurs experts" mais sans préciser le cas où la désignation de deux ou plusieurs experts serait nécessaire (19).

Il semblerait cependant au regard des inconvénients pratiques qui pourraient en résulter, que la co-expertise est loin d'être une panacée; voire, elle pourrait même constituer un facteur de complication dans certains cas. Le Pr. R. Vouin observe à ce propos qu' "organiser une contradiction, c'est prévoir un désaccord; et si deux experts diffèrent d'opinion, logiquement il faut concevoir la nomination d'un troisième, ce qui conduit à retomber dans la difficulté que l'on voulait écarter" (20), avec pour conséquence un ralentissement du cours de la procédure judiciaire.

S'agissant à présent des dangers signalés précédemment, et tout particulièrement le risque de débordement de la mission de l'expert sur le domaine juridique, il ne fait guère de doute que la mission de ce dernier doit être clairement circonscrite au domaine technique; c'est ce qu'énonce en tout cas sans ambiguïté l'article 146 du code de procédure pénale aux termes duquel: "la mission de l'expert qui ne peut avoir pour objet que l'examen des questions d'ordre technique, doit toujours être précisée dans la décision qui ordonne l'expertise".

Cela suppose donc une étude minutieuse de l'affaire de la part du juge pour déterminer les points précis où une appréciation technique est indispensable, mais également une confrontation préalable entre le magistrat et l'expert ainsi qu'un échange de vues en cours d'expertise, ce que les textes eux-même permettent, notamment l'article 148 alinéa 3 du code de procédure pénale qui prévoit que "les experts doivent remplir leur mission en liaison avec le juge d'instruction ou le magistrat délégué; ils doivent le tenir au courant du développement de leurs opérations et le mettre à même de prendre à tout moment toutes mesures utiles".

Il faut préciser enfin que le juge n'est lié ni par les constatations ni par les conclusions de l'expert, du moins théoriquement.

C'est un principe général et constant aussi bien en doctrine (21) qu'en jurisprudence (22), française notamment.

Ceci apparaît également implicitement dans la jurisprudence algérienne; il est possible de citer en ce sens l'arrêt de la cour d'appel d'Oran du 7 Novembre 1995 (23); dans cette espèce, l'expert avait conclu que le dommage subi par la parturiente était dû exclusivement à la péridurale pratiquée par l'anesthésiste et avait précisé que l'acte chirurgical avait été pratiqué selon les règles de l'art et n'avait en conséquence aucun lien avec le dommage causé.

La cour d'appel n'a pas suivi son raisonnement jusqu'au bout, puisqu'elle a retenu à côté de la responsabilité de l'anesthésiste, celle du chirurgien en raison de ce qui peut être considéré comme une création de risque délibérée; le chirurgien au lieu de procéder immédiatement à une césarienne qui s'imposait en raison du dépassement du terme de la grossesse, avait au contraire vanté les vertus de la péridurale à sa patiente alors qu'elle était inutile voire contre-indiquée en l'espèce, et demandé expressément au médecin anesthésiste de la pratiquer.

Différentes considérations ont été avancées par les auteurs pour justifier cette liberté du juge à l'égard des conclusions de l'expert tenant, généralement aux risques de déviations du rapport d'expertise en raison de la solidarité confraternelle ou encore des tendances scientifiques prédominantes chez l'homme de l'art, qui pourraient influencer d'une certaine façon les conclusions auxquelles il parvient; mais il semble bien que la raison essentielle soit le principe de la liberté des preuves et de l'intime conviction qui régit la théorie des preuves en matière pénale et qui apparaît clairement dans l'article 212 du code de procédure pénale qui, après avoir énoncé que "hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve", précise que "le juge décide en son intime conviction".

D'aucuns ont cru cependant devoir remettre en cause cette liberté du juge, source d'une certaine contradiction en se demandant "s'il est bien logique que le juge sollicite les conclusions de l'expert en raison de son incompétence technique, et se réserve en

même temps la faculté de ne pas les suivre" (24).

Cette contradiction estime cependant J. Penneau (25), n'est qu'apparente car "si le juge n'est pas tenu de suivre l'avis de l'expert, ce ne peut être au plan technique et parce qu'il peut nier un avis qu'il demande précisément en raison de son incompétence. C'est parce qu'au cours de la transposition qu'il est obligé d'opérer le plus souvent du domaine technique au domaine juridique, d'autres éléments interviennent qu'il doit prendre en considération sur le terrain du droit où il est le seul compétent".

L'affaire sur laquelle a eu à statuer la cour d'appel d'Oran le 7 novembre 1995 (26) pourrait semble-t-il illustrer ce raisonnement.

Dans cette espèce, l'expert avait exclu tout lien entre l'acte chirurgical et les dommages subis par la parturiente qui étaient liés sans conteste à l'activité de l'anesthésiste. Les premiers juges ont suivi les conclusions de l'expert en ne retenant que la faute de ce dernier (27), mais les juges du second degré, utilisant précisément tous les éléments qui étaient en leur possession ont considéré que le chirurgien avait lui-même commis une faute en préconisant le recours à une péridurale- qu'il savait parfaitement inutile en l'espèce compte tenu du dépassement du terme de l'accouchement- et en organisant sa mise-en-œuvre, au lieu de pratiquer immédiatement une césarienne.

Le juge n'a donc pas ici contredit directement les conclusions de l'expert dans leur aspect purement technique, à savoir la conformité du geste chirurgical avec les règles de l'art, mais a fondé sa décision sur d'autres éléments liés à la constatation d'une attitude coupable caractérisée en l'occurrence par la création délibérée de risque de la part du chirurgien (28).

Malgré tout, si cette transposition du domaine technique au domaine juridique que doit nécessairement opérer le juge, peut expliquer dans une certaine mesure cette liberté d'appréciation reconnue à ce dernier par rapport aux constatations et conclusions de l'expert, il n'en demeure pas moins que la principale justification reste celle liée au double principe de la liberté de la preuve et de l'intime conviction. La bonne administration de la justice et la protection des libertés individuelles supposant en effet que l'on ne puisse condamner une personne sur la seule foi d'un rapport d'expertise, qui plus est, peut comporter des inexactitudes.

La faute ne saurait en tout cas résulter du seul jugement de l'expert sur le comportement du praticien dans son aspect technique; elle implique également et surtout un jugement porté sur ce comportement dans son aspect moral; car, pour qu'il y ait blâme "juridique", la conduite extérieure "doit avoir été objectivement illicite et l'état d'esprit coupable" (29).

En définitive, si les textes régissant la matière mettent à la disposition du juge un certain nombre de moyens susceptibles de contrer les risques de déviation de l'expertise, leur efficacité reste néanmoins tributaire de la volonté du juge de les mettre en œuvre sur le plan pratique.

Références

1. Vouin R., Le juge et son expert, Dalloz- chronique, (1955), p. 131.
2. Idem.
3. Bouzat P., Traité de droit criminel, Paris-Dalloz, Tome II., N° 1192, (1963).

4. Dorsner- Dolivet A., Contribution à la restauration de la faute- condition les responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence- à propos de la chirurgie, Paris- L.G.D.J., p. 209.
5. Rapport de l'expert concernant une affaire soumise à la cour d'appel d'Oran le 26 Juin 1995, N° du dossier 95/214, inédit.
6. Rapport de l'expert concernant une espèce soumise au tribunal d'Oran le 26 Mars 1995 N° du dossier 337/95, inédit.
7. Dosner-Dolivet A., Op. Cit., J. Penneau, Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale, Paris, P.U.F., (1975), p. 75.
8. Tribunal d'Ain Temouchent, 27 Juin 1994, N° du dossier: 1156, inédit.
9. Voir Dosner-Dolivet A., op. Cit.
10. O. De court, cité par Dosner-Dolivet, Op. Cit.
11. Vouin R., Le juge et son expert, op. Cit., p. 131.
12. Penneau J., op. Cit.
13. Hannequart M., La responsabilité pénale de l'ingénieur, Thèse Liège, (1959).
14. Penneau J., op. Cit.
15. Savatier R., Traité de responsabilité civile, Paris- Dalloz, 2° édition, N°778.
16. Savatier R., Sécurité humaine et responsabilité civile, Dalloz (1967), p: 37.
17. Idem.
18. Notamment Dosner-Dolivet A., op. Cit., p. 212; en ce sens également Penneau J., op. Cit., N°118.
19. Comparer avec l'article 159 du code de procédure pénale français qui exige la désignation de deux experts lorsque la question soumise à l'expertise porte sur le fond de l'affaire sans préciser toutefois quelles sont les expertises portant sur le fond de l'affaire. Voir position de la jurisprudence à ce sujet: Crim. 7 Mai 1968- R.S.C 1969, N°3, p. 163
20. Vouin R., op. cit.
21. Notamment Merle R. et Vitu A., Traité de droit criminel, 3^{ème} édition, Paris Cujas, N° 986, Vouin R., op. cit.
22. Notamment Crim. 25 Mai 1982, R.S.C 1983-Obs. Levasseur, p. 264 et suiv.
23. Cour d'appel d'Oran, 7 Novembre 1995, N° dossier 95/1610, inédit.
24. Vouin R., op.,cit. p. 132.
25. Penneau J., op. Cit., N°120.
26. Cour d'appel d'Oran, 7 Novembre 1995, précité.
27. Tribunal d'Oran, 26 Mars 1995, N° du dossier 1365/95, inédit.
28. Les mobiles liés à l'esprit mercantile ne sont pas à exclure dans cette espèce, s'agissant d'une clinique privée.
29. Dorsner-Dolivet A., op. Cit., p. 214. □