

**AUDIENCE SOLENNELLE DE RENTREE
DES COURS ET TRIBUNAUX**

LE 23 JANVIER 2009

THEME :

**LA RESPONSABILITE MEDICALE
AU SENEGAL »**

**DISCOURS DE
MONSIEUR PAPA OUMAR SAKHO
PREMIER PRESIDENT
DE LA COUR SUPREME**

Monsieur le Président de la République, Président du Conseil supérieur de la Magistrature,

L'audience solennelle de rentrée des Cours et Tribunaux dont vous rehaussez le prestige et l'éclat en la présidant chaque année, est assurément un des temps forts de l'agenda républicain de notre pays.

Nous vous sommes reconnaissants de cette marque d'estime et de confiance.

L'audience d'aujourd'hui revêt un caractère particulier en ce qu'elle est la première que tient la nouvelle Cour Suprême du Sénégal.

Unification de la jurisprudence, simplification des procédures et renforcement de l'efficacité de la Justice, tels sont, pour l'essentiel, les objectifs qu'elle s'est engagée à atteindre lors de son installation, le 19 novembre 2008.

Il serait évidemment prématuré de dresser ici un bilan, fût-il d'étape.

Mais d'ores et déjà, l'osmose s'est réalisée : l'ordre administratif et l'ordre judiciaire sont régénérés et leurs dispositifs s'inscrivent dans la même direction.

La conjonction de leur dynamique laisse déjà présager des lendemains meilleurs pour l'institution judiciaire.

- **Monsieur le Président du Sénat,**
- **Monsieur le Président l'Assemblée nationale Monsieur le Premier Ministre**
- **Madame le Président du Conseil constitutionnel,**
- **Monsieur le Ministre d'Etat, Ministre de la Justice et Garde des Sceaux, Vice-président du Conseil supérieur de la Magistrature,**
- **Mesdames et Messieurs les Ministres,**
- **Mesdames et Messieurs les parlementaires,**

- **Monsieur le Médiateur de la République,**
- **Mesdames et Messieurs les Ambassadeurs et chefs de missions diplomatiques et consulaires,**
- **Monsieur le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats,**
- **Mesdames et Messieurs les hautes personnalités civiles, militaires, universitaires, religieuses et coutumières,**

Nous sommes heureux de vous recevoir.

Votre présence à la cérémonie d'ouverture des Cours et Tribunaux ajoute à sa solennité et nous honore grandement.

Ce rendez-vous annuel n'est pas seulement protocolaire : il est le signe indubitable qu'une institution de la République, quelle qu'elle soit, ne peut fonctionner dans l'isolement et n'a de sens que dans ses relations avec la société.

L'occasion est bonne pour saluer, en leur souhaitant la bienvenue, nos compatriotes Adama DIENG, Greffier Administrateur du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et Monsieur Mandiaye Niang, Conseiller juridique de cette juridiction internationale ainsi que l'équipe de sténographes qui les accompagne pour couvrir la cérémonie d'aujourd'hui.

- **Monsieur le Président de la République, Honorables invités, ainsi que vous le voyez, en ce moment, sur l'écran, nous expérimentons avec le TPIR, la retranscription intégrale et en temps réel de l'activité d'audience. Cette technologie nous permettra dans un futur, peut-être pas très lointain, de révolutionner le plumeau d'audience, en ayant à disposition un verbatim complet. A coup sûr, ce sera une source de sécurité juridique additionnelle.**

- **Mesdames et Messieurs les membres de la famille judiciaire,**
- **Mesdames et Messieurs,**

Quand l'année tourne sur ses gonds, ce n'est plus le temps de se désoler, ni de gémir.

Quand l'alizé qui se lève répand sa fraîcheur sur tous les cœurs, quand, comme dit le poète, «le soleil éclate de rire au zénith» au spectacle des belles moissons rythmé par les vœux qu'échangent les hommes, peut-on, alors, rester maussade, ou hésiter à placer tous nos espoirs dans nos institutions et ceux qui les servent ?

A répéter : « Bonne Année ! », nous devrions finir par nous ouvrir à ce que nous énonçons.

On ne prédit pas que l'année sera bonne, mais on déclare simplement qu'il faut choisir de la vouloir bonne, et, à l'instar des anciens Stoïciens, faire tout ce qui relève de nous pour qu'il en soit ainsi.

La bienséance ne doit pas être la seule raison de l'échange d'amabilités.

Tous ces vœux sont autant de signes, autant d'affirmations de notre volonté à parier sur le bonheur, contre son sinistre frère jumeau.

C'est ainsi que nous vaincrons ces petits maux qui ne sont rien par eux-mêmes, mais dont la récurrente déclamation fait pourtant quelque chose.

Puissions-nous tous partager cet humble bonheur et ce sublime espoir !

Heureux 2009 pour chacun d'entre vous et pour chacune de vos familles !

.....

- **Monsieur le Président de la République,**

A l'audience d'installation de la Cour Suprême, j'avais conclu mon discours sur le mot « responsabilité ». Et ne voilà-t-il pas que vous portez votre choix, cette année, sur la responsabilité médicale comme thème du discours d'usage ?

Plutôt que par la précognition, cette convergence de préoccupations s'expliquerait, à notre avis, par les tendances lourdes de notre époque.

En effet, la responsabilité est au cœur de toutes les activités du monde contemporain. Et cet aspect polymorphe rend sa mise en œuvre complexe, singulièrement dans un domaine tel celui de l'activité médicale. C'est dire la pertinence du débat sur la « responsabilité médicale au Sénégal ».

Le thème que Monsieur le juge Waly Faye a traité avec minutie et clarté – et je l'en félicite – est des plus graves, en ce qu'il ressortit à la matière des droits de l'homme.

La question de la responsabilité médicale ne peut se soustraire à un rappel de l'évolution historique des conditions de sa mise en œuvre.

De Périclès à nos jours, elle a donné lieu à une construction jurisprudentielle détaillée, accompagnée d'une réflexion nourrie, sans pour autant en être épuisée.

Lorsqu'on parle de responsabilité (donc d'une possibilité de sanction), il est important de savoir laquelle est concernée.

L'encadrement de l'activité médicale par des prescriptions à la fois éthiques et juridiques est au principe de cette préoccupation.

En effet, il est un régime de responsabilité que l'on peut inférer de la fonction de soigner des personnes malades et qui, relevant de la compétence exclusive du médecin, le met en présence d'implicites règles d'éthique.

Egalement, il est d'autres règles sur le fondement desquelles, le malade peut obtenir réparation d'un accident médical.

Dans cette dernière configuration, Il peut s'agir d'une responsabilité sanctionnant des comportements répréhensibles par la société, telle la responsabilité pénale ou disciplinaire, ou d'une responsabilité consistant en l'indemnisation de la victime d'un dommage causé par un tiers, telle la responsabilité civile ou administrative. C'est celle-ci qui occupera mon propos.

L'identification de cette variété de responsabilité médicale conduit, aujourd'hui, le juriste à distinguer selon les différentes obligations qui pèsent sur le médecin.

Elle doit d'abord être envisagée à partir de l'obligation principale de soin issue du « contrat médical », qui permet de sanctionner le médecin auteur de manquements, par une condamnation à réparation.

Il faut ensuite la chercher sur le fondement des obligations complémentaires d'information du patient et de sécurisation nosocomiale de la relation entretenue avec le malade qui ne constituent, du reste, que des dérivés du contrat médical.

Elle est enfin à aborder en considération de l'équité, de l'objectif poursuivi : l'indemnisation des victimes d'un aléa thérapeutique, lorsque les conséquences de celui-ci sont intolérables.

Si, de prime abord, le traitement de la responsabilité médicale sus décrit semble équilibré, il laisse néanmoins subsister une certaine incohérence normative.

Il n'est, pour s'en convaincre, que de se reporter aux deux arrêts de principe qui font référence en la matière :

- l'arrêt Mercier par lequel la Cour de cassation française a fondé la responsabilité médicale sur la faute consécutive à une transgression par le médecin de ses obligations contractuelles ;
- l'arrêt Bianchi où le Conseil d'Etat français a retenu la responsabilité sans faute d'un établissement hospitalier public en privilégiant le risque de l'aléa thérapeutique sur la faute médicale.

Ce rappel n'est pas fortuit.

La divergence des approches des hautes juridictions françaises (qu'il a fallu aplanir par la prise d'une loi) ne conforte-t-elle pas la justesse de l'option sénégalaise de leur fusion, aux fins d'harmoniser la jurisprudence nationale ?

Les exposés des orateurs précédents me dispensant d'un passage en revue plus détaillé de l'état du droit positif, je voudrais consacrer le reste de mon propos à quelques réflexions pratiques sur la question à l'ordre du jour.

Un examen sommaire des statistiques révèle la rareté des actions en déclaration de responsabilité intentées contre des professionnels et établissements de santé.

Doit-on voir là la survivance d'un fatalisme plus ou moins conscient ? Celui que Georges Ripert exposait ainsi, en 1935 : « *En réalité, le choix a été fait par la force obscure du destin. La victime est élue. Les hommes sont habitués à se courber devant la fatalité. Admettre l'action en responsabilité, ce n'est pas attribuer le dommage, c'est en modifier l'attribution naturelle. Or, les qualités d'auteur et de victime ont été établies par le hasard, et par sa seule qualité, la victime n'apparaît pas comme préférable à l'auteur* ».

Mais les temps, inéluctablement, changent, de même que les mentalités. Et il est remarquable de constater, à titre comparatif, qu'Outremer, c'est en droit médical que l'évolution des comportements a été la plus patente. Peut-être parce que c'est la branche juridique qui se trouve, plus que toute autre, confrontée à la détresse humaine.

Aussi faut-il s'attendre à ce que, chez nous, le droit à la réparation, quelle que soit l'origine du dommage, connaisse un début d'affirmation.

En effet, plus que le désir de vengeance, tel qu'il s'exprimait par exemple dans la loi du Talion, c'est le refus de la mort et de l'infirmité causées par un acte, en principe destiné à guérir, qui tend à s'instaurer dans la culture africaine moderne.

C'est le même genre de considérations qui a pu faire dire au Président SARGOS, alors Conseiller à la Cour de cassation française, que « *le patient demande aux praticiens, contre rémunération, un service de nature médicale comme on demande à d'autres professionnels un service d'une autre nature et dans tous les cas le client estime être en droit de ne pas être tué ou blessé par la prestation qu'il achète même si le service médical conserve une forte spécificité, ne serait-ce que parce qu'il conserve la vie et l'intégrité de la personne* ».

Les prémisses d'une « judiciarisation » de l'acte médical ainsi posées, quid alors du juge ?

Lorsque l'appréciation des faits de la cause ou des mesures à ordonner exige des connaissances qui lui sont étrangères, comme en matière médicale, il est de principe que celui-ci puisse recourir au savoir d'un technicien.

L'opportunité m'est ainsi donnée d'agiter une question récurrente en matière d'expertise médicale.

Alors que celle-ci est considérée comme un mode d'administration de la preuve, le Pr. Hureau n'exclut pas des situations dans lesquelles l'homme de l'art ne peut donner de réponse compte tenu de l'état des connaissances scientifiques elles-mêmes.

Ainsi commence à prospérer, en lieu et place de la démonstration de l'exactitude d'une hypothèse scientifique, la prise en considération de la notion anglo-américaine de « *evidence* » qui se réfère à l'ensemble des méthodes d'élaboration du savoir médical et au fruit de leur application. Sa plus grande flexibilité permet d'introduire l'idée d'équité dans les conclusions des experts.

• **Monsieur le Président de la République,**

Les audiences solennelles sont aussi des opportunités de propositions. Aussi me semble-t-il de bon ton de rappeler que la mise en œuvre de la responsabilité des professionnels de Santé ne présenterait pas grand intérêt si on ne conciliait pas avec la protection du corps soignant ? Le droit à la réparation, exigence de valeur constitutionnelle.

En effet, il n'est pas de spectacle plus désolant que celui d'un homme, meurtri dans sa chair ou affligé par la perte d'un être cher, du fait d'autrui, et impuissant à obtenir un dédommagement.

Dans cet ordre d'idées, il faut prendre toute la mesure de la situation créée par la plus grande facilité d'accès aux soins de santé du fait de la démultiplication des structures de santé et l'institution du Plan Sésame.

La proclamation des droits en faveur des malades et l'instauration de la « démocratie sanitaire » ne sauraient être objets de critiques.

Mais peut-être ne serait-il pas sans intérêt, pour les structures hospitalières publiques, de se prémunir contre d'éventuelles dérives consuméristes pouvant engager leur responsabilité.

La prise obligatoire d'une assurance pour les professionnels et établissements de santé et l'institution d'un organisme national d'indemnisation, à l'instar, mutatis mutandis, du Fonds de Garantie Automobile, pourraient être des pistes intéressantes, à la condition, toutefois, de veiller à ce que le recours à ces modes de garantie soit équilibré.

Il faut en effet parer au double risque du retrait des compagnies d'Assurances pour cause de judiciarisation excessive, d'une part et, d'autre part, de la généralisation de l'irresponsabilité par un recours systématique à l'indemnisation.

- **Monsieur le Président de la République,**
- **Mesdames Messieurs,**

« THEMIS A DEUX MILLE ANS ».

C'était le thème de la rentrée solennelle des cours et tribunaux, en 1968.

A la suite d'une démarche prospective, le Premier Président Gilbert André prédisait, dans son allocution, « *l'application de la cybernétique au triple plan de l'information, de l'organisation, de l'analyse* ».

La conjecture s'est réalisée.

Avec le développement fulgurant des technologies de l'information, on assiste à une utilisation de plus en plus fréquente de la télé médecine.

Cependant, celle-ci est confrontée à un obstacle de taille : la dilution de la responsabilité médicale – alors que l'identification précise de responsabilités, en cas de dommages à un patient, constitue un préalable juridique obligatoire à toute action médicale impliquant plusieurs praticiens comme, par exemple, le télé diagnostic.

De même, dans le domaine de la téléassistance, hors les cas d'urgence et d'isolement médical, son utilisation peut exposer à des sanctions disciplinaires, puisque la déontologie prohibe la pratique médicale sans examen clinique du patient.

A cet égard, la réflexion mérite d'être portée sur ce concept nouveau qu'est la traçabilité, ce fil d'Ariane qui conduit à l'auteur et à la mise en jeu éventuelle de sa responsabilité.

• **Mesdames Messieurs,**

En ces temps de très grande vitesse, quelles autres embûches se dresseront dans le champ médical ? Nul ne saurait le dire. En revanche, il est des choses qui relèveront toujours de nous, car la responsabilité a un substratum salvateur : l'éthique.

Parce qu'elle se trouve en amont des droits, des devoirs et des lois, l'éthique fonde l'acceptabilité sociale de toute pratique professionnelle.

Une réflexion sur la pratique médicale devait peut-être fatalement déboucher sur une prise en compte de notre responsabilité globale dans ce « canton de l'univers » qui nous échoit, pour parler comme Pascal.

Jamais, dans son histoire, l'homme n'a détenu un pouvoir aussi grand pour le meilleur ou pour le pire. Jamais l'ambivalence du « *pharmakon* », concept par lequel les Grecs désignaient à la fois le remède et le poison, n'a été aussi manifeste.

Par le cumul de ses effets irréversibles sur la nature et sur l'homme, la puissance de la technologie crée chaque jour des problèmes nouveaux. La responsabilité commune qui en découle n'est pas limitée au présent, mais concerne l'avenir de la race tout entière.

C'est à une éthique proportionnée à cette responsabilité qu'appelle Hans Jonas, dont l'ouvrage intitulé *Le Principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique* a inspiré des courants écologiques et incité certains Etats à adopter le « principe de précaution ». Son propos sonne comme une mise en garde : « *Nulle éthique n'avait antérieurement à prendre ainsi en considération la condition globale de la vie humaine et l'avenir lointain de l'espèce* ». Il

appartient à chacun d'entre nous, la main posée sur sa conscience, d'œuvrer du mieux qu'il peut à son édification.

Je vous remercie de votre aimable attention.