

LE MEDECIN CONGOLAIS ET LE RISQUE PENAL

Miguel BIMBOU

Docteur en droit privé,

Enseignant chercheur

Université Marien Gouabi (Congo)

RESUME :

Le médecin pratique un art noble qui confine à la faute, laquelle comporte elle-même divers degrés allant de la faute simple à la faute caractérisée. Ainsi, chaque acte médical est porteur du germe de la responsabilité pénale du médecin pour atteinte à l'intégrité corporelle du malade. La sanction de la faute s'apprécie à la lumière de la volonté qui départit la faute intentionnelle de la faute non-intentionnelle. A cet égard, l'intention est déterminante du risque de la sorte que la faute peut être orientée vers une finalité bien précise. On parle dès lors du dol qui peut être éventuel ou spécial. Plus la part de la volonté est importante dans l'atteinte, plus le risque pénal est également important. La mise en jeu de la responsabilité pénale devient de ce fait une réponse aux agressions médicales. Dans le même temps, la loi, le juge et la déontologie organisent une limitation du champ de la responsabilité pénale du médecin qui est loin d'être un professionnel comme les autres. A ce titre, le praticien mérite une protection tout aussi particulière dans l'exercice de son art.

INTRODUCTION

Lorsque la confiance et le dévouement que le médecin symbolise se transforment en agression, le juge trouve des objections au « risque légitime [qui] est pris au nom de la nécessité de l'action »¹. En effet, l'acte médical qui est « l'acte qu'un homme qualifié pose en vue de guérir autrui »² mérite bien des observations d'autant que l'objet sur lequel il porte n'est pas anodin. Comme dans toutes les interventions, l'action du médecin sur le malade comporte bien de risques. A cet effet, elle se doit de respecter les normes juridiques dans un souci d'efficacité et de protection du patient, car son action peut comporter des risques qui sont autant d'atteintes à l'intégrité physique et à l'intégrité psychologique du malade. Si sur le plan physique les atteintes sont constituées de violences et de coups et blessures, sur le plan psychologique elles touchent à la vie et à la dignité, aux valeurs intrinsèques de la personne qui doit être traitée et respectée dans ce qu'elle a de plus cher, c'est-à-dire son humanité³. Ainsi, tout acte médical sans

portée thérapeutique est une atteinte à la dignité humaine. Sa raison d'être étant la négation de l'humanité d'autrui par son avilissement⁴. De fait, face à ces agressions les malades bénéficient du concours de la justice pénale pour obtenir réparation des dégâts causés par les intrusions quand bien même légitimes des médecins. L'action pénale est opposée à l'acte du médecin qui cause des désagréments ou un effet contraire à celui attendu d'un professionnel.

A la lumière de ce constat, le champ consacré à cet essai est limité aux moyens mis en œuvre par les malades pour parer aux atteintes médicales sur l'intégrité physique. Ces dernières peuvent relever de l'intentionnel ou du non-intentionnel, c'est dire la place première du rôle assigné à la volonté en tant que « support de l'intention [...] et renfort de la faute »⁵. En effet, le primat moral se réfère à l'état d'esprit du médecin qui a voulu ou non l'acte incriminé. Ainsi, lorsque le médecin enfreint une règle sociale qu'il sait défendue par la loi tout en voulant le résultat de l'infraction, il y a faute intentionnelle⁶. Pour

¹ B. Grandordy, *Le médecin devant le juge, Fait-il face à une menace aggravée du pénal ?* Paris, L'Harmattan, 2016, p. 93.

² R. Savatier, J-M. Aubry, J. Savatier et alii, *Traité de droit médical*, Paris, Librairies Techniques, 1956, p. 574.

³ D. Roman, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005, Chron. p. 1508 ; D. Roets, « Le crime français de tortures et actes de barbarie à l'aune du droit international des

droits de l'homme », in *Mélanges Koering-Joulin*, Paris, Anthemis, 2014, p. 251.

⁴ E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Paris, Ellipses, 2016, n° 381.

⁵ Y. Mayaud, « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », in *Mélanges Jean Larguier*, Grenoble, PUG, 1993, p. 203.

⁶ Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000) », *D.* 2000, n° 40, p. 603.

retenir la culpabilité, il revient donc au juge de faire la démonstration que le médecin a violé la loi en connaissance de cause tout en désirant le résultat obtenu. L'adhésion psychologique à l'acte et à ses conséquences constitue dès lors le dol spécial caractéristique de la délinquance en « blouse blanche ». Ainsi, la culpabilité peut toujours être retenue mais elle dépend de l'existence du lien de causalité qui implique une certitude constitutive de faute simple de l'article 320 du Code pénal congolais. La faute simple exige donc selon cette disposition une causalité directe entre la faute et le dommage. La causalité peut relever de plusieurs conditions équivalentes nécessaires à établir la culpabilité ou d'une seule condition retenue pour sa force causale. Cependant, plus protecteur du médecin, l'article 121-3, l'alinéa 4, du Code pénal français établit une causalité indirecte qui ne permet de mettre en œuvre la responsabilité pénale du médecin que lorsque celui-ci a commis une faute d'« une certaine gravité »⁷, c'est-à-dire une faute caractérisée, détournant ainsi le curseur de la culpabilité sur le lien de causalité tandis

que la culpabilité en droit congolais est étroitement liée à la faute.

Historiquement, c'est pour venir à bout des pathologies dues au climat tropical impitoyable que le Congo va être doté d'un cadre moderne⁸ pour l'exécution des actes médicaux malgré l'existence sur le territoire congolais d'une médecine traditionnelle⁹. Mais il n'était pas rare que les moyens mis en œuvre pour imposer la médecine occidentale confinent au délit. En effet, les médecins blancs en venaient « à imposer un savoir-faire, un acquis scientifique contre la médecine empirique [...] »¹⁰, c'est-à-dire en dehors de tout consentement. Dans un contexte où la responsabilité pénale médicale était « quasi inexistante »¹¹ en France, l'institution d'« un privilège d'exercice » pour les médecins, aboli par la Révolution de 1789 mais réhabilité en 1790 sous l'influence de Portalis, « exonérait de la responsabilité civile les représentants du pouvoir et les membres de l'administration »¹². Par conséquent, le statut particulier protecteur que l'Empire attribuait à ses sujets et la condition d'indigène n'admettaient ni n'envisageaient

⁷ A. Ponselle, « La faute caractérisée en droit pénal français », *Revue des sciences criminelles*, janv.-mars 2003, p. 79.

⁸ Le Congo de la fin du XIXe siècle est un territoire hostile au climat tropical impitoyable à l'origine de nombreuses maladies infectieuses. Pour mener à bien les missions d'expéditions coloniales, il est plus que nécessaire de venir à bout de ces pathologies. On envisagea la construction d'un hôpital général moderne à Brazzaville qui fut inauguré en 1958.

⁹ S. Dianzinga, « Santé et maladies en situation coloniale : l'exemple du Moyen-Congo (1908-1958) », *Annales de l'Université Marien Ngouabi, Lettres et sciences humaines*, 2009, p. 92, spéc. p. 99.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ P. Mistretta, *Droit pénal médical*, Paris, Cujas, 2013, n° 21.

¹² Cl. Sureau, D. Lecourt, G. David, *L'erreur médicale*, Paris, 2006, PUF, p. 28.

un recours répressif contre le médecin¹³. L'actualité nous renseigne que les méthodes anciennes n'ont pas forcément changé : lorsqu'il s'agit de combattre les pandémies comme la covid, les Etats ont tendance à soumettre les populations à une vaccination de masse sans éclairer leur consentement du risque consubstantiel à l'activité médicale.

La notion de risque est liée à celle de faute. Elle s'entend de « la mise en péril d'une personne résultant de la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement »¹⁴. En droit congolais, la notion de faute pénale découle des articles 319 et 320 du Code pénal. Ainsi, sur le fondement de l'article 319, la « maladresse, [l'] imprudence, [la] négligence ou [le] manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements » suffisent pour que la culpabilité du médecin soit retenue. On retient que ces comportements aléatoires appliqués au médecin constituent un risque, c'est-à-dire un évènement aléatoire susceptible de causer un dommage. Ces mêmes textes ont servi de base légale à la culpabilité en

France¹⁵ avant que le législateur qui trouvait son régime assez strict en vienne à des réformes plus apaisantes. L'article 121-3, nouveau, du Code pénal français a inauguré en 1994¹⁶ la première modification des articles 319 et 320. Le texte actuel est l'aboutissement de la réforme de 2000¹⁷ qui a enrichi l'article 121-3 du Code pénal de nouvelles catégories de la faute¹⁸ en fonction du lien de causalité. Dans le même temps, les textes en vigueur en droit congolais ne s'embarrassent pas d'une échelle de gravité réductrice du champ de la responsabilité pénale en cas de comportement dangereux. Ainsi, le seul manquement à une obligation de prudence imposée par la loi et le règlement est suffisant à constituer une faute d'imprudence. Ces fautes non-intentionnelles, caractérisées par un dol éventuel, s'opposent aux fautes intentionnelles, caractérisées par un dol spécial, qui ont par conséquent la particularité d'aggraver la responsabilité du médecin fautif.

En dépit de l'importance que revêt la question des contraintes pénales concernant les praticiens de l'art de guérir au Congo, la

¹³ A ce titre, aujourd'hui plus qu'hier, la responsabilité des praticiens du secteur public hospitalier relève du droit administratif. Ce principe a été posé par l'arrêt *Blanco* (Tribunal des conflits, 8 février 1873, *D.* 1873, III, p. 20).

¹⁴ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017-2018.

¹⁵ A. Sériaux, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », *Revue des sciences criminelles*, avril-juin 2017, p. 236.

¹⁶ Loi n° 96-393 du 13 juillet 1996.

¹⁷ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000.

¹⁸ A. Ponselle, « La faute caractérisée en droit pénal », *op. cit.*, p. 79.

doctrine n'est pas prête au débat. Pourtant, la liberté d'entreprendre qui a pour corollaire l'exercice libéral de la profession et l'utilisation des méthodes médicales sophistiquées fait craindre un risque pénal croissant. L'institution d'une inspection générale de la santé¹⁹ chargée « de conduire, sur instructions, auto-saisine, les investigations relatives à la gestion technique » témoigne de l'intérêt que revêt la question quand bien même sur le plan théorique les rares travaux en la matière traitent de la responsabilité des médecins en général²⁰. Dans le même temps, à ce jour, une seule étude a orienté la discussion sur l'inévitable responsabilité pénale des médecins²¹ qui mérite bien qu'on s'y attarde au regard du nombre exponentiel des décès dans les hôpitaux publics. Tandis qu'en France, la matière a connu un véritable regain d'intérêt²² portant notamment sur les justifications pénales de l'activité médicale²³. La nouvelle rédaction de l'article 121-3 du Code pénal a eu pour

conséquence d'influencer les affaires en cours devant les juridictions pénales²⁴ dans un sens plus favorable aux médecins. Et c'est tout l'agrément que l'on prend de l'analyse de la question relative au risque pénal qui hante la profession. En effet, si son intérêt réside dans la détermination des règles claires de mise en jeu de la responsabilité pénale qui tiendraient compte des droits des différentes parties, force est de reconnaître que l'enjeu de la question consiste à ne pas réserver au médecin fautif le même sort qu'un quelconque délinquant sauf dans les cas extrêmes de faute aggravée. En effet, une contrainte pénale trop forte priverait les malades de l'offre de soins déjà insuffisante au regard des attentes exprimées.

Si le principe de l'inviolabilité du corps humain ne connaît d'exceptions que la nécessité thérapeutique et la loi²⁵, le droit d'ester en justice pour obtenir la réparation d'un préjudice est opposable à tout

¹⁹ Décret n°218-269 du 2 juillet 2018 portant attributions et organisations de l'inspection générale de la santé.

²⁰ A. Nganga, « La responsabilité médicale et hospitalière au Congo », *La Semaine africaine*, n° 1762 du 25 au 31 août 1988, p. 20 ; V. de P. Mouanda-Ngouma, *La situation de la victime d'un accident médical devant les juridictions civiles congolaises : cas des tribunaux populaires d'arrondissements de Mvoumvou et de Poto-Poto*, Mémoire, Brazzaville, 1989, Ecole nationale d'administration et de magistrature ; E. Eyangue, *La responsabilité des personnels du corps médical, des sciences infirmières et auxiliaires médicaux*, Mémoire, Brazzaville, 1997, Ecole nationale d'administration et de magistrature.

²¹ V. R. Samba-Moussinga, *La responsabilité pénale des professionnels de la santé*, Berlin, 2018, éditions universitaires européennes.

²² P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? », *JCP* 2002, I, 149, p. 1285 ; A. Garay, « Le régime pénal de l'erreur de diagnostic en matière médicale », *Gaz-Pal.*, 17-19 déc. 2000, Doctr. p. 21 ; Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non-intentionnelle en droit pénal ... », *op. cit.*, p. 603.

²³ B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse, Nancy II, 1993.

²⁴ Cass. crim., 5 sept. 2000, *JCP G* 2001, II, 10507, note Y. Chevallier.

²⁵ B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, *op. cit.*, p. 184.

individu. Ce droit doit être appréhendé comme l'arme fatale du justiciable dans toute société éprise de justice et du respect des valeurs humaines. Cette étude a pour objectif principal de fixer les limites de l'intervention du médecin sur autrui, limites au-delà desquelles tout acte médical devient une agression à laquelle il convient de répondre par le dispositif répressif prévu par le droit. Ainsi, même dans la souffrance extrême, seule la prise en compte de la personne humaine²⁶ et du droit des malades²⁷ à mettre en œuvre la responsabilité pénale du médecin donnerait un sens à l'acte médical. Mais la définition des principes éthiques clairs en matière de protection de la vie en tant que « bien juridique intangible »²⁸ et « droit fondamental »²⁹ transposables en droit pénal n'est pas une sinécure. En effet, la médecine et le droit « sont confrontés à des considérables et quotidiens problèmes déontologiques »³⁰ et à la nécessité de respecter un principe de légalité difficile à appréhender en raison de sa largesse et de ses ambiguïtés³¹.

Considérée comme le bien suprême, la vie est protégée par la Constitution congolaise du 25 octobre 2015 à son article 8 et à l'article 1^{er} du préambule de la loi n°073/84 du 17 octobre 1984 portant Code de la famille. Ce corpus légal de portée générale sert de fondement à la sanction des actes délictueux auxquels sont exposés les médecins. Aussi, la question de l'encadrement juridique de l'acte médical ne devrait pas poser de difficultés majeures en présence des principes déontologiques et des textes d'incrimination. Mais l'acte médical est avant tout un acte technique entouré d'aléas et d'incertitudes que compenseraient les prouesses scientifiques de ces dernières années en matière de santé. Cette évolution accentue le désir de confort et d'efficacité dans les résultats qui favorise la contrainte pénale que le médecin, considéré dorénavant comme « quasi-infaillible »³² aux yeux de la société et de la loi, trouve injuste. Plus l'efficacité de la médecine est inéluctable, plus la responsabilité pénale des médecins est mise en cause³³. Cependant, les actions pénales contre les médecins demeurent assez rares

²⁶ A. Foulla Damna, « Les politiques de la dignité sur le vivant et le mort en Afrique », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2017, p. 47-63.

²⁷ P. Mistretta, « La loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé : réflexions critiques sur un droit en pleine mutation », *JCP G* 2002, I, 141.

²⁸ U. Cassani, « Le droit pénal suisse à l'épreuve de l'assistance au décès : problèmes et perspectives », p. 123, www.archive-ouverte.unige.ch. Consulté le 22 janvier 2020, à 03 heures : 33 minutes.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ D. Manai-Wehrli, « Le droit civil saisi par la vie sans corps et par le corps sans vie », p. 207, www.archive-ouverte.unige.ch. Consulté le 19 janvier 2020, à 22 heures : 03 minutes.

³¹ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 54, 55.

³² Cl. Sureau, D. Lecourt, G. David, *L'erreur médicale, op. cit.*, p. 212.

³³ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 31.

contrairement aux cas effectivement constatés de négligence ou de violence³⁴. A cet effet, les médecins hospitaliers sont protégés par leur statut d'agent public qui couvre leurs responsabilités civile et pénale en mettant à la charge de l'Etat la réparation indemnitaire, sauf recours de l'hôpital contre le médecin fautif en cas de faute grave³⁵.

Cette réflexion tendrait vers une meilleure appréhension de la réalité. De ce fait, les hypothèses de condamnation paraissent saugrenues et insolites sauf à considérer le « chiffre noir » de la criminalité en vue d'être éclairé des statistiques concernant les actions intentées. Ce qui met en lumière les insuffisances du dispositif garantissant l'accès au juge³⁶ des victimes d'actes médicaux abusifs. Cependant, la responsabilité pénale d'un médecin en exercice libéral ne rencontrerait pas de difficultés particulières à sa mise en œuvre dans la mesure où l'action est menée par le Ministère public qui dispose de moyens de preuves nécessaires au soutien de son

action³⁷, tandis qu'en matière de responsabilité civile la preuve en plus d'être laborieuse est à la charge du plaignant.

Toutefois, l'écart spectaculaire entre les réalités congolaise et française sur la question justifiera notre propension à nous inspirer de la jurisprudence française qui connaît de nombreuses décisions relatives à la réparation du dommage causé à autrui en matière médicale dès 1830³⁸. Par la casuistique, il sera question de distinguer le cas congolais du cas français qui continue de lui servir de matrice légale en dépit du dynamisme constaté du droit répressif français. Par la méthode comparative³⁹, il sera question de déterminer lequel des deux systèmes constitue la moindre menace possible pour le médecin qui mérite protection au regard des risques auquel il est exposé.

Mais la protection du médecin ne saurait se faire en marge de ce qu'il est convenu d'appeler la « démocratie sanitaire ». Ce principe « signifie que le patient doit

³⁴ Nganga, « La responsabilité médicale et hospitalière au Congo », *op. cit.*, p. 20.

³⁵ Désormais, en France, la responsabilité pénale des personnes morales pour « homicide involontaire » et « mise en danger de la vie d'autrui » a été reconnue ; elle n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices : article 121-2, nouveau, du Code pénal ; Cass. crim., 1er avril 2008, n° 1962, 07-81.509.

³⁶ R. Moutéké, I. Locko, « Protection des droits des magistrats au Congo. Pathologie d'une justice exsangue », in *Droits de l'Homme en Afrique centrale*, sous la direction de D. Maugest et de P.G. Pougoué, Actes de Colloque de Yaoundé, du 9-11

nov. 1994, UCAC-Karthala, Yaoundé-Paris, 1995, p. 169 : « [les juges] doivent garantir les droits fondamentaux de la personne et demander des comptes à ceux qui se sont rendus coupables d'atteintes à l'intégrité, à la liberté et à la sécurité des personnes ».

³⁷ Nganga, « La responsabilité médicale et hospitalière au Congo (suite) », *La Semaine africaine*, n° 1763, 1988, p. 16.

³⁸ Ex. Cass. req. 18 juin 1835, *DP*, 1835, I, concl. Dupin, 300.

³⁹ Les articles 317, 319, 320 du Code pénal congolais sont hérités de l'ancien Code pénal français.

devenir un acteur totalement impliqué et responsabilisé dans la démarche de soins dont il est le bénéficiaire »⁴⁰. Ainsi, la sanction pénale des manquements fautifs du médecin s'est amplifiée avec l'avènement d'une responsabilité civile professionnelle obligatoire⁴¹ qui a aiguisé la soif de vengeance des victimes. Ce qui témoigne d'une recherche d'efficacité optimale et participative qui devrait prendre en considération la protection accrue de l'humain dans sa subjectivité⁴². A cet égard, la responsabilité pénale mise en œuvre est considérée comme une menace. Le risque, qui s'entend du non-respect du devoir d'assistance « fait craindre de graves conséquences pour la personne »⁴³, justifie la mise en jeu de cette responsabilité. Face à une action pénale aussi vindicative que ciblée, de quels moyens le médecin dispose-t-il pour limiter le risque ?

La réponse à cette question est loin d'être uniforme. Elle dépend avant tout de l'efficacité de l'arme dont dispose le malade pour répondre ou parer à la violence dont il est l'objet. Redoutable, le risque pénal n'est pas à sous-estimer ; car du haut de sa science, le médecin peut désormais faire

l'objet de poursuites devant les juridictions répressives comme tout autre délinquant. Permanent, le risque pénal ne peut être éradiqué ; mieux, il ne peut être que réduit. Pour ce faire, la prise en compte de la spécificité de la profession commande un traitement pénal juste des médecins. Ainsi, autant son intervention sur l'intégrité de la personne humaine en tant que valeur sociale expose le médecin au risque pénal (I), autant le médecin qui s'engage à sauver des vies mérite d'être protégé du risque pénal (II) qui pèse sur lui.

I) Le médecin exposé au risque pénal

En tant qu'humain, le médecin n'est pas infailible. Il est l'objet de faiblesses qui l'exposent au risque pénal. Mais la loi module la répression en faisant la part des choses selon que la menace résulte d'une faute relevant simplement du vol éventuel, c'est-à-dire de la défaillance de l'homme ordinaire (A), ou du dol spécial de l'homme de l'art (B).

⁴⁰ Comité consultatif national (France) d'éthique (2004). Avis n° 87 « Refus de traitement et autonomie de la personne ».

⁴¹ Avec l'idée que le médecin dont la responsabilité civile personnelle est couverte ne devrait pas échapper à la sanction pénale.

⁴² Chr. Hennau-Hublet, « Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la

biologie contemporaine », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, AUPEL-UREF, Colloque international, 29-30 sept., 1er oct. 1993, Port-Louis, p. 465.

⁴³ Trib. corr. Rouen, 9 juill. 1975, *JCP* 1976, II, 8258, note R. Savatier.

A- La défaillance de l'homme ordinaire

La défaillance en tant que faiblesse humaine est un facteur de la responsabilité pénale lorsque le médecin dans l'exercice de son art pose des actes qui mettent en danger la vie d'autrui (1) ou participe à la réalisation d'un évènement indésirable (2).

1) La mise en danger de la vie d'autrui

En droit congolais, la faute non-intentionnelle est fondée sur la responsabilité pénale de l'article 319 du Code pénal lorsque le prévenu « par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements aura commis involontairement un homicide ou en aura été involontairement la cause [...] »⁴⁴. Cette disposition décrit le profil psychologique du délinquant. Appliquée au médecin, celui-ci échappe difficilement à la sanction⁴⁵ lorsqu'il met en danger la vie d'autrui par le dol éventuel que prescrit l'article 121-3, alinéa 2, du Code pénal

français. En l'absence de toute conséquence dommageable⁴⁶, la faute simple est néanmoins retenue contre le médecin agresseur⁴⁷ dès lors que le lien de causalité directe de l'article 320 du Code pénal est établi. A priori sous-entendue⁴⁸, la faute simple admet une causalité directe énoncée à l'article 320 du Code pénal. En d'autres termes le dommage causé sur l'intégrité corporelle de la victime doit être en rapport direct avec l'acte médical⁴⁹. Ainsi, pour retenir la faute simple, le médecin doit n'avoir pas observé des obligations réglementaires professionnelles ou n'avoir pas effectué des diligences normales inhérentes à sa mission d'assistance et de soins⁵⁰. C'est notamment le cas « lorsque l'acte médical ne participe pas de la normalité »⁵¹, ou lorsque le médecin a mis en danger le malade en s'abstenant d'observer l'obligation qui lui incombait d'arrêter toute alimentation du patient et de

⁴⁴ Voir les articles 221-6, 222-19, 222-29 du Code pénal français.

⁴⁵ J. Pradel, *Droit pénal général*, Paris, 2002-2003, Cujas, n° 516 ; Crim., 18 janv. 1966, *JCP.*, 1966, II, 14663, 3ème espèce, note Vivez ; Paris, 13 juill. 1993, affaire dite « du sang contaminé », *Droit pénal*, 1994, comm. 12.

⁴⁶ Il s'agit de lésions dont la conséquence immédiate serait l'homicide involontaire ou l'incapacité totale ou partielle de travail

⁴⁷ Article 320 du Code pénal : « S'il est résulté du défaut d'adresse ou de précaution, des blessures, coups ou maladies, entraînant une incapacité de travail personnel pendant plus de six jours [...] ».

⁴⁸ E. Dreyer, « La causalité directe de l'infraction », *Droit pénal*, 2007, chron. n° 9.

⁴⁹ M. Dauray-Fauveau, *Droit pénal spécial*, Paris, 2010, PUF, n° 371.

⁵⁰ Les articles 5, 6 et 25 du Code de déontologie des professions de la santé.

⁵¹ P. Mistretta, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, n° 329 : Cass. crim., 18 sept. 2007, n° 06-87438 : cas d'un chirurgien qui avait ainsi de façon imprudente et fautive pris un risque vital en prolongeant l'intervention de près de deux heures, ce qui rendait irréversible l'évolution de l'état de choc hémorragique et le décès de la patiente.

poser une sonde gastrique postérieurement à son intervention⁵².

Au regard du juge, il y a faute dans toutes les hypothèses de « défaillance ordinaire »⁵³. A l'inverse, l'article 121-3, alinéa 3, du Code pénal français permet, grâce à la théorie de l'équivalence des conditions⁵⁴, de sanctionner tout comportement de médecins « qui n'ont pas pris les mesures permettant d'éviter le [dommage] ». Cependant, cette approche extensive est difficile à mettre en œuvre car elle expose à la répression les médecins pris dans leur globalité en raison de la pluralité des fautes⁵⁵. Toutefois, la faute simple peut vite muer en faute caractérisée aux termes de l'article 121-3, alinéa 4, lorsque le médecin expose autrui au danger par sa désinvolture. La responsabilité du praticien est ainsi engagée⁵⁶ au regard du risque pris qui relève du dol éventuel⁵⁷. Ainsi, le médecin expérimenté qui par un moment de faiblesse humaine omettrait d'interroger un malade

sur ses antécédents médicaux commettrait une faute caractérisée⁵⁸. Ici, la conscience du risque suffit ; il n'est pas nécessaire que la faute soit matérialisée dans l'« inobservation des règlements » comme l'indique l'article 319 du Code pénal congolais. Dès lors, la faute est caractérisée lorsque le lien de causalité est aisément établi entre le comportement du médecin et le fait dommageable⁵⁹.

En droit français, la faute caractérisée est à mi-chemin entre la faute simple et la faute délibérée⁶⁰. En réalité, il n'est pas rare qu'une faute légère engendre des sanctions plus lourdes qu'une faute caractérisée⁶¹. En règle générale, le critère de la sanction demeure le défaut de « diligences normales ». De toute évidence, lorsque le comportement fautif du médecin n'engendre pas un homicide involontaire⁶², le simple « défaut d'adresse ou de précaution » du praticien génère les risques prévus à l'article 320 du Code pénal⁶³

⁵² Cass. crim., 29 mai 2001, n° 00-85497, inédit., cité par P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale... », *op.cit.*, p. 1290, n° 16.

⁵³ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 330 ; A. Ponselle, « La faute caractérisée en droit pénal », *op. cit.*, p. 87.

⁵⁴ Cass. crim., 18 nov. 1927, S. 1928, I, p. 192 ; cité par P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale ... », *op. cit.*, p. 1287, n° 6 ; P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité », in *Mélanges Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 447.

⁵⁵ P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale ... », *op. cit.*, p. 1290.

⁵⁶ J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 518 ; Soc., 28 février 2002, D. 2002, I.R., 1009.

⁵⁷ P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée... », *op. cit.*, p. 445.

⁵⁸ Cass. crim., 18 oct. 2011, n° 11-80.635 : négligences graves et fautives. Encore faut-il prouver l'intention fautive du médecin.

⁵⁹ P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale ... », *op. cit.*, p. 1287.

⁶⁰ *Ibidem*, n° 18 ; A. Ponselle, « La faute caractérisée en droit pénal », *op. cit.*, p. 88.

⁶¹ Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal ... », *op. cit.*, p. 606.

⁶² Article 319 du Code pénal congolais.

⁶³ Les coupables d'atteintes à l'intégrité corporelle sont punis de peine de prison et d'amende.

consacrant ainsi en droit congolais la conception unitaire des fautes civile et pénale. Ainsi, pour caractériser la faute du médecin il doit « exister un lien de causalité entre la négligence et le décès survenu »⁶⁴. Mais le législateur français à l'article 121-3, alinéa 4, ne se limite pas comme son homologue congolais à établir la faute du médecin, encore faut-il que le « risque » ait été d'une « particulière gravité ». Le danger auquel est exposé le patient est ici prévisible, mais la certitude quant à savoir si le risque était voulu laisse à désirer⁶⁵. Le risque ou la faute peut s'entendre de l'insuffisance de précaution⁶⁶, de la négligence du médecin qui a fait courir « un risque mortel essentiel »⁶⁷ pour le patient ou du « mépris pour autrui »⁶⁸. Evidente⁶⁹, la faute caractérisée est la sanction de la défaillance du médecin qui expose à un risque dangereux le malade même en l'absence de préjudice. Ainsi le juge congolais a-t-il reconnu la « faute caractérisée » concernant le médecin qui « a manqué d'adresse en ce qu'il a semblé sous-estimer la gravité du cas notamment en

administrant à la patiente une seule [poche] de sang alors qu'après interrogatoire aussi bien du médecin ayant pratiqué l'autopsie du corps que du médecin « neutre » invité par le tribunal pour l'éclairer, [...] dans de tels cas deux [poches] de sang étaient exigés »⁷⁰. En effet, les termes de cette décision ne sont pas loin de la faute caractérisée de l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal français.

Aussi, le Tribunal de grande instance de Brazzaville a eu l'occasion de rendre un jugement⁷¹ concernant un médecin ayant pratiqué une anesthésie générale sur un malade alors que l'intervention chirurgicale bénigne en vue d'une ostéosynthèse de la rotule droite ne nécessitait qu'une anesthésie locale. Il s'en est suivi un coma prolongé du patient qui n'a pas pu reprendre connaissance avant de trouver la mort. Ainsi, faute d'avoir procédé aux tests préparatoires pour s'assurer que le patient pouvait supporter une anesthésie générale, le réanimateur-anesthésiste s'est rendu coupable d'imprudance prévue à l'article 319 du Code pénal. Cependant, l'auteur de

⁶⁴ TGI de Brazzaville, 2^{ème} ch. corr., 9 août 2006, *Répertoire*, n° 305, inédit.

⁶⁵ P. Morvan, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée... », *op. cit.*, p. 46.

⁶⁶ Cass. crim., 13 févr. 2007, n° 06-82202.

⁶⁷ P. Mistretta, *Droit pénal médical*, n° 332 ; Cass. crim., 23 févr. 2010, n° 09-85791, *Droit pénal*, 2010, comm. n° 58, obs. M. Véron.

⁶⁸ TGI de Brazzaville, 2^{ème} ch. corr., 9 août 2006, préc.

⁶⁹ CA Agen, 27 nov. 2000, n° 00-753, *BICC* 31 mai 2001, n° 606, cité par P. Mistretta, « La

responsabilité pénale médicale... », *op. cit.*, p. 1290. Selon les magistrats, il n'était pas établi que les médecins « savaient que leur comportement créait à l'encontre de leur patiente un danger d'une particulière importance ».

⁷⁰ TGI de Brazzaville, 2^{ème} ch. corr., 9 août 2006, préc.

⁷¹ TGI de Brazzaville, ch. civ., 20 juin 2000, Rôle civil n° 231, *Répertoire* n° 104, cité par V. R. Samba Moussinga, *La responsabilité pénale des professionnels de la santé*, *op. cit.*, p. 76.

la faute n'était pas poursuivi sur le fondement de la responsabilité pénale individuelle. L'action contre le Centre hospitalier de Brazzaville concernait les responsabilités civile et administrative de l'établissement public. Or, la faute à l'origine du décès « [était] aussi constitutive d'une infraction à la loi pénale »⁷².

Dans un autre registre, l'obligation du médecin d'assister et de soigner les malades⁷³ se heurte au principe de « l'intangibilité et de l'inviolabilité du corps humain »⁷⁴ qui permet au patient de refuser l'assistance et les soins qui lui sont prodigués. Cependant, cette disposition n'est pas assortie de l'obligation d'obtenir le consentement du patient qui est sous-entendu à l'article 6 du Code de déontologie des médecins congolais⁷⁵, en tant que gage de protection du malade, et s'impose à l'article 16-3 du Code civil. Par conséquent, le médecin qui outrepasserait ses droits en prodiguant des soins malgré le refus du patient commettrait un acte constitutif du

dol éventuel justificatif de l'intervention du juge⁷⁶. C'est ainsi que les témoins de Jéhovah refusent toute transfusion sanguine qu'ils considèrent comme une « violation du caractère sacré du sang »⁷⁷. Toutefois, lorsque le pronostic vital est en jeu, en dépit du droit au refus de se soigner que reconnaît la loi française n° 2002-303 du 4 mars 2002, le juge administratif enjoint aux médecins de convaincre le patient d'accepter la transfusion sanguine en tant qu'intervention « proportionnée et indispensable à la survie de l'intéressée [...] »⁷⁸.

A bien y voir, si le risque lié à la mise en danger d'autrui peut être limité par le respect des devoirs de diligence, celui lié à la réalisation d'un événement indésirable l'est encore moins car l'erreur est humaine.

2) L'événement indésirable

Il est convenu que le danger peut provenir également d'un événement indésirable ou d'un accident⁷⁹, c'est-à-dire d'une erreur médicale. A la différence de la faute,

⁷² *Idem*.

⁷³ Article 5 du Code de déontologie des professions de la santé ; article 1111-4, alinéa 1 du Code de la santé publique.

⁷⁴ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 279.

⁷⁵ Article 6 du Code de déontologie des professions de la santé : « Appelés d'urgence près d'un mineur ou autre incapable et lorsqu'il est impossible de recueillir en temps utile le consentement de son représentant légal, les personnels de la santé et des affaires sociales doivent user immédiatement de leurs connaissances, compétences et des moyens dont ils disposent ».

⁷⁶ B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, op. cit.*, p. 129.

⁷⁷ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 279.

⁷⁸ CE, 26 août 2002, *JCP G* 2002, II, 10184, note Mistretta. Le médecin doit tout mettre en œuvre pour convaincre son patient témoin de Jéhovah, d'accepter les soins indispensables et s'assurer que le recours à la transfusion sanguine est proportionné et indispensable à la survie de l'intéressé, sans porter atteinte aux articles 16-3 du Code civil, 1111-4 du Code de la santé publique et à l'article 9 de la CEDH : « Transfusion sanguine : Jéhovah ne résiste pas à Hippocrate ! ».

⁷⁹ Cl. Sureau, D. Le court, G. David, *L'erreur médicale, op. cit.*, p. 27.

l'erreur est une « anomalie accidentelle de comportement »⁸⁰ à laquelle le bon médecin ne saurait échapper. Ainsi, l'erreur pourrait être considérée comme la maladresse ou l'imprudence des articles 319 du Code pénal congolais et 121-3 du Code pénal français dont la causalité indirecte « ne s'impose pas avec la même force que dans les hypothèses [de la faute] »⁸¹. Ainsi les mêmes considérations qui conduisent à sanctionner la « faute » en matière médicale, font de « l'erreur une espèce dont la faute est le genre »⁸². Toutefois, c'est l'accident qui résulte de la conduite non fautive, c'est-à-dire conforme aux règles de l'art de la médecine (prudente et non négligente) qui pose le problème de la sanction au regard du dommage causé. Dans de telles conditions, l'erreur ne peut être sanctionnée que lorsqu'elle devient faute. Or, « Toute erreur constitue assurément une faute et si la faute la plus légère peut engager la responsabilité, il en est de même pour l'erreur la moins grave »⁸³. Ainsi reconnaît-on qu'il est propre à l'esprit humain, et donc au médecin, soit de se tromper en opérant un diagnostic erroné, anormal, inexact sans pourtant commettre une faute, soit de se tromper en pratiquant

sur le malade un acte matériel avec l'intervention d'instruments. L'absence de faute « ne devrait pas engager la responsabilité » du médecin, mais l'erreur en tant que banalité de la vie humaine peut devenir répréhensible lorsque la faute s'y est immiscée, notamment lorsque le médecin a commis une faute ou des « négligences graves traduisant paresse et désintérêt »⁸⁴.

Dans les ambiguïtés créées par les accidents médicaux, le juge arrive à se frayer tant bien que mal un chemin entre la répression en cas de faute, et la relaxe en cas d'erreur. C'est ainsi que pour un accident qui semble bien porter la marque de l'erreur concernant une injection intraveineuse⁸⁵, le juge congolais apprécie le lien de causalité directe qui aboutit à une condamnation. Il s'agissait de l'exécution d'un traitement d'ampoules injectables prescrit par un médecin à une jeune malade. Ces injections ont été administrées par une technicienne de laboratoire pendant trois jours au terme desquels la jeune fille accusa une infirmité de la jambe gauche ayant valu à la technicienne de laboratoire une

⁸⁰ J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, thèse, Paris, 1973, LGDG, p. 12.

⁸¹ P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale... », *op. cit.*, p. 1289.

⁸² J. Penneau, *La responsabilité pénale des professionnels de la santé*, *op. cit.*, p. 82.

⁸³ T. corr. Mons, 29 juin 1965, *Journ. Trib.*, p. 95, note Dalcq.

⁸⁴ *Ibidem*, n° 18 ; P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale... », *op. cit.*, p. 1289.

⁸⁵ Tribunal populaire d'arrondissement 3, Poto-Poto, 7 juillet 1990, Rôle civil n° 009, 1988, *Répertoire* n° 392.

condamnation pénale⁸⁶. La décision ne précise pas si la technicienne avait accompli l'acte en présence et sous la surveillance du médecin, ce qui aurait pour conséquence d'atténuer la responsabilité de cette dernière. Dans le même sens, la Cour de cassation avait retenu qu'en cas d'injection intraveineuse⁸⁷ il y a également indéniablement erreur, mais seule la négligence du praticien pourrait faire que les juges retiennent à son encontre une faute pour n'avoir pas « réservé la possibilité d'une anomalie anatomique »⁸⁸.

Par ailleurs, lorsque les risques constitutifs d'erreur sont intrinsèques aux prédispositions propres au malade, les erreurs qu'ils génèrent ne peuvent être mises au passif du médecin comme faute⁸⁹. Sans tenir compte des circonstances qui entourent ces accidents, l'erreur ou la maladresse est également manifeste lorsque le chirurgien oublie des compresses⁹⁰ ou des instruments dans le corps du patient⁹¹. Mais compte tenu de l'absence d'intention, la faute résultant de la défaillance humaine

ou d'une technique mal maîtrisée paraît bénéficier de l'indulgence générale. A l'opposé, le juge réprime systématiquement le dol spécial de l'homme de l'art en tant que participant de l'aggravation de la faute.

B- Le dol spécial de l'homme de l'art

C'est le comportement fautif du professionnel qui est sanctionné. Celui-ci aggrave sa responsabilité en tenant compte de l'intention, c'est-à-dire de l'existence d'une volonté consciente de nuire (1) ou de la violation d'une prescription légale ou réglementaire (2).

1) Une volonté consciente de nuire

Le Code pénal congolais prévoit les incriminations de « coups », « voies de fait » sous le vocable « violences » à l'article 309⁹². Pour schématiser, la matérialité des violences ne suffit pas pour que la sanction soit retenue, encore faut-il que le médecin ait agi volontairement et en toute conscience pour que l'incrimination soit constituée indépendamment du résultat⁹³. Ainsi, le médecin auteur d'actes délictueux

⁸⁶ TGI de Brazzaville, ch. corr., mars 1992, Rôle corr. n° 98, *Répertoire* n° 417 bis, 1992.

⁸⁷ Cass. 12 juillet 1961, *D.* 1962, somm. 23.

⁸⁸ J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 156 ; Lyon, 6 novembre 1961, *D.* 1962, somm. 55 ; Cass. civ. 18 oct. 1960, *D.* 1961, 125, *JCP* 1960, 2, 11846, note Savatier.

⁸⁹ J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 154.

⁹⁰ Paris, 16 janvier 1950, *D.* 1950, 169 ; *JCP* 1950, I, 5716, note Brunet ; Civ. 1ère, - mai 1959, *D.* 1960, somm. 24.

⁹¹ On fait la différence entre la faute en cas d'intervention normale : Besançon, 11 juillet 1932, *JCP* 1932, 2, 944.

⁹² Articles 222-7 à 222-16 du Code pénal français ; G. Levasseur, « Le nouveau régime répressif des atteintes contre l'intégrité corporelle d'autrui », *JCP* 1959. I.1515.

⁹³ Crim., 28 juillet 1969, *Bull. crim.*, n°239 ; 15 mars 1977, *Bull. crim.*, n° 94 ; *JCP.*, 1979.II.19148, note Roujou de Boubée.

volontaires n'échappe pas à la sanction. Dit autrement, c'est l'intention coupable constitutive de dol spécial qui est au fondement de l'article 121-3, alinéa 1, du Code pénal. Il en résulte que « la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable »⁹⁴. Lorsque l'atteinte concerne les organes procréatifs, on parle de stérilisation violente⁹⁵. La question a été débattue par la Cour criminelle de Brazzaville concernant une ablation utérine intervenue peu après une interruption volontaire de grossesse pratiquée par un médecin. Poursuivi pour coups et blessures volontaires ayant entraîné une infirmité permanente, le praticien sera condamné à bon droit à cinq ans de prison avec sursis et à 120.000 francs CFA d'amende⁹⁶. Lorsqu'il est suivi de décès, l'acte est sanctionné par le législateur français à l'article 229-9 du Code pénal à dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. En effet, les « mutilations » ne peuvent être justifiées

que lorsqu'elles sont pratiquées dans un but curatif ou contraceptif, à défaut l'acte tombe sous le coup des violences de l'article 309 du Code pénal congolais. Seulement, une fois les conséquences de l'acte prescrites et en l'absence de l'élément moral, le médecin échappe à la sanction⁹⁷. Dès lors, l'acte de stérilisation peut être considéré comme un acte chirurgical normal⁹⁸.

En tant qu'homme de l'art, le médecin est autorisé à intervenir⁹⁹ parce qu'il dispose de la formation, de l'expérience¹⁰⁰ et de la connaissance du risque¹⁰¹ lié au métier¹⁰². Par conséquent, fort de ces acquis, ses défaillances sont constitutives de faute caractérisée¹⁰³. Mais en vérité, c'est la simple intention de nuire du médecin qui pourrait produire un effet plus dangereux (mort) que nuisible¹⁰⁴ qui est sanctionné. Bien plus subtil, le délit d'administration de substances nuisibles à la santé est d'interprétation large¹⁰⁵. Néanmoins, le médecin qui administre des soins est un « empoisonneur potentiel »¹⁰⁶ en raison des substances de composante chimique¹⁰⁷

⁹⁴ Cass. Crim., 25 mai 1994, *Bull. crim.* n° 203.

⁹⁵ Ablation des testicules, ovariectomie, vasectomie, ligature des trompes.

⁹⁶ Cour criminelle de Brazzaville, 30 mars 1994, *Répertoire* n° 004, du 30 mars 1994.

⁹⁷ Cass. crim., 19 janvier 2005, *Droit pénal*, 2005, comm. n° 55, obs. M. Véron.

⁹⁸ S. Hocquet-Berg, B. Py, *La responsabilité du médecin*, Paris, 2006, éd. Heures de France, n° 214.

⁹⁹ B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, op. cit., p. 34.

¹⁰⁰ Cass. com., 13 févr. 2007, n° 06-82202.

¹⁰¹ Cass. crim., 18 oct. 2011, n° 11-80653, *JCP G* 2012, chron. 341, obs. Véron.

¹⁰² Cass. crim., 13 févr. 2007, n° 06-81089, *JCP G* 2007, II, 10 107, note P. Mistretta.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ Articles 309 du Code pénal congolais, 222-7 Code pénal français.

¹⁰⁵ Article 317, al. 6, du Code pénal congolais ; article 225-15 du Code pénal français ; *Crim.*, 2 juillet 1886, *Bull. crim.*, n° 238, S. 1887.I.489 ; *Crim.*, 18 juillet 1952, *Bull. crim.*, n° 193, *D.* 1952.667 : administration d'un virus.

¹⁰⁶ P. Mistretta, *Droit pénal médical*, op. cit., n° 264.

¹⁰⁷ J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, Paris, 2017, LGDJ, n° 28.

familiales à l'activité médicale¹⁰⁸. En tous les cas, l'administration des substances doit être « nuisible » sans être toutefois de nature mortifère pour que l'infraction soit retenue. Mais la nocivité se mesure en considération de l'effet de la substance sur l'« individu moyen »¹⁰⁹. Ainsi verrait-on mal qu'un médecin administre des substances nuisibles à un malade sauf pour l'aider à mourir même si, en réalité, c'est l'élément matériel qui est sanctionné sans tenir compte du résultat.

L'acte mortifère qui consiste à détruire volontairement la vie peut prendre la forme de l'homicide de l'article 295 du Code pénal congolais¹¹⁰. Médicalement, un certain nombre de critères¹¹¹ traduisent l'acte d'homicide pratiqué par le médecin qui n'implique pas nécessairement que la mort soit instantanée¹¹². Mais il n'est pas exclu que le médecin soit amené à aider au suicide¹¹³ un malade en lui fournissant les substances susceptibles de donner la mort¹¹⁴. Cette aide pour se procurer la mort est incriminée au même titre que la provocation au suicide¹¹⁵. Enfin, l'acte matériel doit être voulu par le médecin, ses

effets attendus. Un lien de causalité est donc nécessaire entre l'acte médical et la survenance du décès. L'intervention du médecin pour accomplir l'acte constitue une circonstance aggravante¹¹⁶. Il existe donc dans le meurtre un dol spécial (vouloir donner la mort)¹¹⁷ consistant en un acte positif (le fait de donner la mort) n'importe le mobile¹¹⁸.

Il est tout aussi regrettable que dans la pratique de l'acte médical le médecin porte atteinte à la vie d'un enfant nouveau-né. Prévu à l'article 300 du Code pénal, le terme « infanticide » est difficile à cerner en raison de son caractère exclusif. Il est entendu par le droit congolais comme le « meurtre d'un nouveau-né », c'est-à-dire d'un enfant de moins de trois mois. Ce qui suppose que le meurtre d'un enfant de plus de trois mois ou d'un enfant à naître ne saurait être regardé comme un infanticide selon le droit congolais. Dès lors, se trouve justifiée l'hypothèse selon laquelle le corps de la femme n'est pas distinct de celui de l'enfant qu'il porte. L'auto-avortement pouvant ainsi être considéré comme une simple mutilation de soi et le meurtre d'un enfant

¹⁰⁸ Cass. crim., 18 juill. 1952, *Bull. crim.* n° 193 : il s'agissait du virus du typhus exanthématique.

¹⁰⁹ V. Malabat, *Droit pénal spécial*, Paris, 2018, LGDJ, n°123.

¹¹⁰ Article 221-1 du Code pénal français.

¹¹¹ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 249.

¹¹² Cass. crim., 13 mai 1965, *Bull. crim.* n° 139.

¹¹³ Article 221-1 du code pénal français.

¹¹⁴ *Crim.*, 27 avril 1815, *Bull. crim.*, n° 28 ; ; Trib. corr. Lisieux, 26 févr. 1937, *D.H.*, 1937. 261. Il

s'agirait d'empoisonnement lorsque le moyen utilisé est une substance mortifère.

¹¹⁵ Article 223-13 à 223-15 du Code pénal français.

¹¹⁶ E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Paris, Ellipses, 2016, n° 108.

¹¹⁷ Y. Mayaud, « Meurtre », *Répertoire pénal spécial*, n° 20.

¹¹⁸ E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 58.

de plus de trois mois pourrait donc être qualifié d'homicide. Toutefois, l'article 317, alinéa 4, du Code pénal incrimine tout acte d'avortement pratiqué par un médecin. En effet, le médecin qui intervient à l'avortement porte atteinte à l'intégrité physique de la mère seule ; il ne peut donc y avoir infanticide dans ce cas, l'enfant n'étant pas encore né. Cependant, la frontière entre l'infanticide et l'avortement est des plus ambiguës et la difficulté à réprimer l'infanticide qu'aurait commis le médecin évidente¹¹⁹. Par simplification, en droit français, l'auto-avortement n'existe plus comme délit depuis la loi du 27 janvier 1993 et l'infanticide, en tant que délit autonome a été élargi aux enfants de quinze ans¹²⁰ au jour des faits alors que le législateur congolais ne parle d'infanticide que concernant un enfant nouveau-né.

Il est cependant constant de relever que le médecin est souvent confronté à un cas de conscience quant à savoir s'il faut alléger ou abrégé la souffrance du mourant en s'abstenant de tout acharnement thérapeutique. Il intervient dès lors la question de la valeur juridique du

consentement de la victime¹²¹. Le Code pénal congolais ne prévoit pas l'incrimination d'euthanasie, mais le médecin congolais est soumis au *Serment d'Hippocrate* qui lui interdit de distribuer la mort. Le médecin qui donne la mort à un malade dans l'incapacité d'exprimer son consentement s'expose à l'incrimination de meurtre aggravé¹²². En effet, « Nul ne peut demander à autrui de lui donner la mort à sa place »¹²³ sauf dans le cas très exceptionnel de fin de vie causée par une affection grave incurable¹²⁴. Aussi, lorsque l'acharnement thérapeutique est fait à la demande du malade qui a donné à l'acte un consentement sans équivoque, l'acte ne saurait être répréhensible¹²⁵. De fait, en droit français la loi permet une fin de vie douce¹²⁶ en légitimant l'« exception d'euthanasie » lorsque les soins nécessaires n'ont pour seul effet que le « maintien artificiel de la vie ». Ainsi, le « droit à refuser les soins » peut être accompagné de leur suspension par le médecin lorsque la personne en fin de vie, consciente ou inconsciente¹²⁷, le demande.

¹¹⁹ Crime en 1810, délit en 1943, crime à nouveau en 1954, v. Pradel, M. Danti-Juan, *op. cit.*, n° 24.

¹²⁰ E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 66.

¹²¹ J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 540 ; F. Archer, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, Paris, 2003, L'Harmattan.

¹²² Cass. crim. ; 1er juillet 1937, S. 1983, 193.

¹²³ Circ. du 20 octobre 2011, loi n°2005-370 du 22 avril 2005.

¹²⁴ Article 1110-10 du Code de la santé publique.

¹²⁵ Article L. 1111-4 du Code de la santé publique ; J. Pradel, « Le refus de soins au risque de la mort », *Gaz. Pal.*, 19-20 juin 2002, pp. 3 et s.

¹²⁶ E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 92 ; A. Prothais, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *JCP* 2011, étude 536 ; Crim. 3 janvier 1973, *Bull. crim.*, n° 2.

¹²⁷ Articles 1111-4 à 1111-10 du Code de la santé publique.

On retient de cette analyse que la volonté de commettre une faute en toute conscience aggrave la responsabilité du médecin. La faute est également aggravée lorsque le praticien viole une prescription légale ou réglementaire.

2) La violation d'une prescription légale ou réglementaire

La culpabilité intentionnelle est difficile à cerner tant et si bien que l'élément moral qui relève de l'intime est fuyant. Faire la démonstration de la culpabilité du médecin revient à scruter son état d'esprit en vue d'en appréhender le dol spécial caractéristique de la responsabilité pénale. L'article 319 du Code pénal décrit la faute non-intentionnelle en y insérant comme l'un des critères « l'inobservation des règlements ». Il s'agit de la violation volontaire des prescriptions légales ou réglementaires par le médecin qui aura causé un homicide. Ainsi, ne fait-il l'objet d'aucun doute que lorsque cette inobservation a causé sans le vouloir un dommage l'auteur doit pénalement y répondre. La question de savoir si la prescription a fait l'objet d'une violation en connaissance de cause semble ne pas avoir un grand intérêt pour le juge qui retient en toute hypothèse l'infraction non-intentionnelle au regard du lien de causalité

entre la faute et le dommage. C'est en ce sens que le Tribunal de grande instance de Brazzaville a retenu l'« inobservation de règlements » à l'encontre d'un médecin qui s'est « livré à des actes cliniques sans être détenteur des diplômes requis pour cette spécialité »¹²⁸. En fait, le fait de se livrer à des actes médicaux dans un domaine où on n'est pas spécialisé relève forcément du domaine de l'intentionnel. Il va sans dire que le médecin savait ne pas avoir acquis une formation ou des compétences dans le domaine où il est intervenu. Dans la même veine, la Cour de cassation a qualifié de faute caractérisée « le fait pour un médecin de prendre en charge, sauf circonstances exceptionnelles, une pathologie relevant d'une spécialité étrangère à sa qualification [...] »¹²⁹. En qualifiant de faute caractérisée un tel exercice, le juge français sanctionne l'inobservation des règles d'accès à la profession dont la connaissance en une telle occurrence par le médecin ne pouvait faire l'objet de doute. Dit autrement, l'aggravation de la faute par le médecin est due au fait que la violation de la règle s'est faite en connaissance de cause.

Sans être explicitement volontaire, la faute délibérée ou caractérisée constitue selon le mot d'un auteur « l'antichambre »¹³⁰ de l'intention étant donné que le risque pris par

¹²⁸ TGI Brazzaville, 2^{ème} ch. corr., 9 août 2006, préc.

¹²⁹ Cass. crim., 23 oct. 2012, n° 11-85360.

¹³⁰ P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale ... », *op. cit.*, p. 1290.

le médecin en mettant en danger la vie d'autrui est d'une extrême gravité¹³¹ que le prévenu ne pouvait ne pas en ignorer les conséquences sans les vouloir. C'est le cas du médecin qui applique un traitement aventureux¹³² ou qui accomplit un acte chirurgical maladroit¹³³. L'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal français parle de la transgression « manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ». Le médecin doit donc avoir agi en toute conscience de mettre en danger la vie du patient¹³⁴. L'acte médical anesthésique semble être un terreau favorable¹³⁵ à la faute délibérée qui met en danger autrui au regard de nombreuses prescriptions légales et réglementaires en matière de sécurité¹³⁶. Ainsi, c'est le dommage généré par le comportement¹³⁷ du médecin négligent qui est sanctionné. On pourrait dès lors voir dans l'article 319 du Code pénal congolais les germes d'une interprétation doctrinale de la faute délibérée du médecin qui s'entend de la violation d'un devoir de sécurité ou de prudence en cas « d'inobservation des

règlements ». S'inscrit ainsi dans cette analyse, nous semble-t-il, le cas du médecin expérimenté qui « n'a pas pu se faire assister d'une sage-femme et d'un anesthésiste pour ses opérations d'accouchement »¹³⁸.

La tendance actuelle de la jurisprudence française est de rapprocher étroitement l'inobservation des règlements et l'intention. Il en résulte une sorte d'« infailibilité » du professionnel que sert l'article 121-3, alinéa 1, du Code pénal en ce sens que le médecin ne peut ne pas avoir connaissance de l'interdit édicté par la réglementation en vigueur dans la profession. Ainsi, « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée à l'article L. 121 alinéa 3 du Code pénal »¹³⁹. Il importe de préciser que cette décision a été rendue dans un domaine autre que le domaine médical. Mais le raisonnement développé s'appliquerait bien au non-respect des

¹³¹ P. Mistretta, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, n° 347.

¹³² Crim., 5 avril, *DP* 2005, n° 103, obs. Véron.

¹³³ Crim. 30 oct. 2007, *DP* 2008, n° 18, obs. Veron.

¹³⁴ Y. Mayaud, « La volonté à la lumière du nouveau code pénal », *op. cit.*, p. 203. Selon l'auteur, il doit s'agir d'« une attitude volontaire dans une conduite négligente [...] ».

¹³⁵ Médecins urgentistes et anesthésistes : P. Mistretta, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, n° 332 ; P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale ... », *op. cit.*, p. 1290.

¹³⁶ TGI de Bobigny, 7 juill. 1999, *Gaz. Pal.* 22-23 mars 2000, p. 41, note J. Bonneau.

¹³⁷ Cass. crim., 25 mai 1994, *Bull. crim.*, n° 203. La formule est devenue de style : « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er du Code pénal ».

¹³⁸ TGI de Brazzaville, 2ème ch. corr., 9 août 2006, *op. cit.*

¹³⁹ Cass. crim., 25 mai 1994, *Bull. crim.* n° 203.

règles concernant l'exercice de la profession médicale.

Il est ainsi acquis que l'acte médical gouverné par un dol éventuel ou spécial expose le médecin au risque pénal. Ainsi, bien que tenant compte de l'élan intentionnel, la sanction de la faute doit également prendre en considération la noblesse du métier qui consiste à guérir. A ce titre, le médecin mérite d'être protégé du risque pénal devenu permanent.

II- Le médecin protégé du risque pénal

La protection contre le risque pénal mobilise pour sa mise en œuvre des mécanismes juridiques qui sont autant de moyens limitant le champ de la culpabilité des médecins. D'une part, le droit prévoit un cadre réglementaire préventif du risque pénal (A). D'autre part, la réponse au risque pénal a pour effet une intervention mesurée de la sanction pénale (B).

A- Un cadre réglementaire préventif du risque pénal

Dans toute activité juridique, la prévention se présente désormais comme un pis-aller contre le risque pénal. Il s'agit d'abord pour le médecin de veiller à l'observation des prescriptions réglementaires (1). Cette immixtion du règlement dans le domaine de

la loi a pour conséquence le dévoiement du droit pénal (2) qui subit un affaiblissement de son caractère essentiellement répressif.

1) L'observation des prescriptions réglementaires

L'activité médicale est soumise aux règles édictées par la profession. Cet ensemble de règles techniques encadrent l'acte médical avec pour finalité d'en assurer la sécurité à défaut de pouvoir « supprimer le risque »¹⁴⁰. Au sens constitutionnel¹⁴¹, les règlements sont les textes des autorités administratives sous la forme de décret, arrêté ou circulaire à caractère général et impersonnel et imposant une obligation de sécurité et de prudence particulière. Ils sont considérés comme contenant des prescriptions « réglementaires » au sens des articles 320 du Code pénal congolais et 223-1 du Code pénal français.

En tant que texte administratif, le règlement limite par les mesures de sûreté et de sécurité qu'il édicte la survenance des infractions en anticipant la mise en danger de la vie humaine et de l'intégrité de la personne ; ce qui suppose que tout risque doit être étudié, évalué pour être maîtrisé¹⁴² car l'intervention du médecin doit être proportionnée et utile. Ainsi, les

¹⁴⁰ B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, op. cit., p. 217.

¹⁴¹ P. Mistretta, *Le droit pénal médical*, op. cit., n° 328.

¹⁴² B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, op. cit., p. 217.

prescriptions réglementaires en matière médicale permettent de fixer le cadre de la faute normative en tant que violation d'un comportement attendu ou souhaité du professionnel de la santé¹⁴³ en fixant les contours du permis et de l'interdit. La norme réglementaire s'érige dès lors en un texte qui organise l'activité de l'administration¹⁴⁴ par la prescription des règles techniques. Le respect de celles-ci s'apprécie *in concreto* et contribue à la bonne exécution de l'acte médical, à la protection du médecin¹⁴⁵ et à la sécurité du patient. Concrètement, en France, le décret du 5 décembre 1994¹⁴⁶ impose des normes de sécurité en matière anesthésique auxquelles tous les établissements hospitaliers doivent se conformer¹⁴⁷. La décision rendue par le Tribunal de grande instance de Brazzaville le 9 août 2006 aux termes de laquelle, « la négligence constitue une infraction dès lors qu'il existe un lien de causalité entre elle et le décès survenu [...] »¹⁴⁸ s'inscrit dans une même logique de conformité aux règlements en vigueur. En effet, il s'agissait de « l'inobservation des règles » par un médecin qui ne s'était pas

fait assister d'un anesthésiste pour réaliser un accouchement. Cette absence de « précaution » lui a valu une condamnation pour homicide involontaire. Il a été retenu contre le médecin une « absence de précaution pouvant être interprétée comme un mépris pour autrui »¹⁴⁹. Ainsi, le médecin doit tenir compte de la qualité de l'acte car l'imprudence implique une répression pénale dès lors qu'il existe un lien de causalité entre la faute et le préjudice¹⁵⁰.

A maints égards, la prévention du risque se présente comme un élément majeur de la sécurisation des soins médicaux et de la sécurité transfusionnelle. De même, les dégâts humains colossaux causés par les effets indésirables des soins médicamenteux méritent d'être prévenus¹⁵¹. Seulement, il n'existe pas de cadre institutionnel ou réglementaire de prise en charge du risque médicamenteux¹⁵². Il reste que l'erreur peut être prévenue par une bonne gouvernance de la compliance entendue comme la prise en compte des règles juridiques ou de la réglementation en vue de protéger l'éthique professionnelle¹⁵³.

¹⁴³ P. Mistretta, *Le droit pénal médical, op. cit.*, n° 328.

¹⁴⁴ *Ibidem*, n° 52.

¹⁴⁵ *Ibidem*, n° 578.

¹⁴⁶ D. n° 94-1050, 5 déc. 1994, JO 8 déc. 1994, p. 17383.

¹⁴⁷ P. Mistretta, « La responsabilité médicale pénale ... », *op. cit.*, p. 1290, n° 17.

¹⁴⁸ TGI de Brazzaville, 2ème ch. corr., 9 août 2006, *op. cit.*

¹⁴⁹ *Idem*.

¹⁵⁰ P. Mistretta, *Le droit pénal médical, op. cit.*, n° 247.

¹⁵¹ Cl. Sureau, D. Lecourt, G. David, *L'erreur médicale, op. cit.*, p. 115.

¹⁵² *Ibidem*, p. 120.

¹⁵³ B. Fasterling, « Criminal compliance – Les risques d'un droit pénal du risque », *Revue internationale de droit économique*, 2016/2, p. 217, spéc. p. 218.

Ainsi, une telle adhérence aux règles de conformité participerait-elle de l'amélioration de l'organisation du circuit du médicament¹⁵⁴ et de la sécurité transfusionnelle. L'objectif est de permettre par l'« autorégulation »¹⁵⁵ des risques de prévenir les infractions pénales lorsque les valeurs propres à l'activité médicale sont remises en cause.

Ces différents « garde-fous réglementaires » sont posés pour protéger les médecins contre le risque pénal permanent. Toutefois, le domaine de la responsabilité pénale a été réduit par le déplacement du curseur de la faute sur le risque objectif qui est la mise en danger d'autrui. Ainsi, l'article 223-1 du Code pénal français est rédigé de telle sorte que le délit de risque, d'interprétation stricte, est soigneusement encadré¹⁵⁶ pour éviter une pénalisation excessive de la profession. Cependant, se contenter de telles exigences serait méconnaître aux prescriptions déontologiques un caractère coercitif. En effet, en optant pour une position « moins rigide », la Cour de cassation a validé une décision des juges du fond ayant fondé la condamnation de

médecins sur la violation d'obligations ayant une source déontologique¹⁵⁷. Tout justement, le Code de déontologie des professionnels de la santé du Congo¹⁵⁸ interdit aux personnels de santé « toute négligence », « tout abandon des patients en cas de danger public sauf cas de force majeure »¹⁵⁹. Au sens large, la négligence professionnelle s'entend de tout manquement au devoir de diligence de l'article 319 du Code pénal mettant en danger autrui. En plus, le Code de déontologie fait obligation au médecin de dispenser des « soins médicaux et désirables en la circonstance »¹⁶⁰ et « de ne pas nuire à son malade »¹⁶¹. Les prévenus sont exposés aux sanctions civiles, pénales et administratives auxquelles renvoie l'article 194 du Code de déontologie. Selon la condition imposée par la Haute juridiction française, l'incrimination ne peut être retenue que lorsque le médecin a « fait preuve d'insuffisance professionnelle, doublée de désinvolture ». En l'occurrence, il s'agissait de la violation par le médecin des articles R. 4127-32 et 4127-33 du Code de la santé publique qui édictent respectivement de façon évidente

¹⁵⁴ Il existe en France un arrêté du 31 mars 1999 (art. L. 595-1 Code de la santé publique) organisant le circuit du médicament.

¹⁵⁵ B. Fasterling, « Criminal compliance – Les risques d'un droit pénal du risque », *op. cit.*, p. 218.

¹⁵⁶ P. Mistretta, *Le droit pénal médical*, *op. cit.*, n° 349.

¹⁵⁷ Cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-83067, *JCP G* 2008, II, 10 027, note Mistretta.

¹⁵⁸ Loi n° 009-88 du 23 mai 1988.

¹⁵⁹ Article 8, du Code de déontologie des professions de la santé.

¹⁶⁰ Article 20, du Code de déontologie des professions de la santé.

¹⁶¹ Article 29, du Code de déontologie des professions de la santé.

l'obligation pour le médecin d'assurer personnellement « des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide des tiers compétents » et d'élaborer « son diagnostic avec le plus grand soin ». Il s'agit selon la Cour de cassation de règles particulières « dont l'objectivité les rend immédiatement perceptibles et clairement applicables sans faculté d'appréciation individuelle »¹⁶².

Aussi, les règles de morale sociale et professionnelle ainsi que la loi mettent à la disposition du praticien des instruments pour prévenir l'« épée de Damoclès » que constitue le risque pénal. Ainsi, si l'article 8 de la Constitution congolaise du 25 octobre 2015 garantit le principe de la sacralité de la personne humaine et du droit à la vie que l'Etat doit respecter et protéger¹⁶³, le médecin ne doit pratiquer que des actes commandés par les nécessités thérapeutiques¹⁶⁴. En l'état actuel du droit, seul le respect des limites de l'interdit et du permis qu'énoncent les règlements et le Code de déontologie permet de mettre le

médecin à l'abri des risques de l'action pénale que les patients n'hésitent plus à brandir¹⁶⁵.

Toutefois, il relève de l'observation attentive de la jurisprudence française que les juges ont une interprétation extensive de l'obligation de prudence et de sécurité. Celle-ci ne relève plus inconditionnellement du moule de la légalité des infractions pénales¹⁶⁶; elle est désormais rattachée aux normes réglementaires¹⁶⁷. Il s'agit selon la doctrine d'une règle générale de sécurité¹⁶⁸. On peut dès lors comprendre la fonction répressive du droit pénal lorsqu'il s'érige en sanctionnateur de la violation de l'éthique médicale. En effet, de façon générale, les atteintes à la vie et à l'intégrité trouvent une justification dans la méconnaissance et le mépris des règles déontologiques et des valeurs sociales¹⁶⁹. Sans doute peut-on avancer que le droit pénal médical intervient pour sanctionner la violation de la réglementation médicale¹⁷⁰ par ceux qui en sont destinataires. En conséquence, la réglementation par le respect de laquelle les

¹⁶² Y. Mayaud, « Risques causés à autrui », *op. cit.*, n° 31.

¹⁶³ Article 5 du Code de déontologie des professions de la santé.

¹⁶⁴ V. R. Samba-Moussinga, *La responsabilité pénale des professionnels de la santé au Congo*, *op. cit.*, p. 19 ; B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, *op. cit.*, p. 217.

¹⁶⁵ Loi française n° 2002-303 du 4 mars 2002.

¹⁶⁶ Cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-83067, *JCP G* 2008, II, 10 027, note P. Mistretta.

¹⁶⁷ P. Mistretta, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, n° 352.

¹⁶⁸ Y. Mayaud, « Risques causés à autrui », *op. cit.*, n° 31.

¹⁶⁹ O. Samba, *Pratique de la déontologie professionnelle à l'hôpital de base de Talangai : cas du Service de maternité*, Mémoire, Brazzaville, 2002-2003, Ecole nationale d'administration et de magistrature, Filière Administration générale, p. 45.

¹⁷⁰ P. Mistretta, *Le droit pénal médical*, *op. cit.*, n° 38.

praticiens corrigent et améliorent leurs habitudes professionnelles permet d'anticiper le risque médical et de « mieux gérer *in fine* l'inacceptable crise que constitue le déclenchement d'une procédure pénale »¹⁷¹. Pourtant, l'inefficacité des règlements à faire atteindre les objectifs fixés par la loi conduit à faire recours au droit pénal. Mais lorsque ce dernier intervient dans le domaine médical, sa fonction répressive connaît un considérable dévoiement.

2) Un droit pénal considérablement dévoyé

Le principe de la légalité des infractions et des peines est un domaine réservé de la loi. Cependant, celle-ci connaît un dévoiement lorsque les textes réglementaires se mêlent de la répression¹⁷². Ainsi peut-on observer que la réglementation en matière médicale, écartelée entre l'anticipation du risque pénal et la protection des malades contre les abus du corps médical, ne permet pas d'atteindre les objectifs assignés à la loi lorsqu'elle intervient pour sanctionner les infractions constatées en raison des défauts de conformité au principe de légalité¹⁷³.

Cette posture est vraisemblablement incompatible avec la fonction de la légalité en tant que « monopole » de la loi. En effet, la singularité du domaine médical s'accommode mal du principe de l'interprétation stricte du droit pénal qui relève originellement de la légalité. En conséquence, il est vraisemblable que les décisions de justice concernant les médecins sont empreintes de la clémence du juge¹⁷⁴ au regard de la spécificité de l'art médical qui est plus considéré comme une technique. A celle-ci s'oppose une technicité juridique résultant des textes réglementaires qui consiste, au lieu de fixer les peines applicables à une infraction, à renvoyer, quant à la sanction, à des textes autres que ceux de l'incrimination¹⁷⁵. Ces renvois réitérés, résultante d'une légalité « mal maîtrisée »¹⁷⁶, ont pour conséquence un foisonnement de textes dont la fonction répressive a du mal à s'affirmer. Ainsi dit-on du droit pénal médical que c'est un « droit au rabais »¹⁷⁷ dont l'ambition est détournée pour être mise au service de normes réglementaires destinées essentiellement aux médecins.

¹⁷¹ *Ibidem*, n° 39.

¹⁷² *Ibidem*, n° 44.

¹⁷³ C. Ballot-Squirawski, « Regard critique sur le développement d'un droit punitif de la compliance », *Droit pénal*, n° 7-8, juillet-août 2020, p. 16, spéc. p. 1.

¹⁷⁴ Crim., 30 juin 1999, *D.* 1999, jurisp. p. 70, note D. Vigneau, G. Faure ; *JCP G* 2000, II, 10231 ; P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 51.

¹⁷⁵ Sanctions civiles, pénales et administratives auxquelles renvoie l'article 194 du Code de déontologie des professions de la santé.

¹⁷⁶ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 56 et s.

¹⁷⁷ *Ibidem*, n° 52.

Sans doute, le droit pénal médical souffrirait-il de l'éparpillement des textes entre le règlement et la loi. Ce manque de cohésion est nourri d'imprécisions qui rendent difficile la lisibilité de la politique pénale qui se désengage à fixer un réel cadre normatif pour l'application des peines. Aussi, lorsqu'elle est désignée par renvoi à sanctionner les incriminations prévues par un texte réglementaire, mal préparée, la norme pénale est cantonnée à réprimer des comportements propres à une catégorie professionnelle. Le droit pénal est ainsi amené à appliquer des peines à des comportements qui lui sont étrangers pour n'en avoir pas été l'auteur. En perte d'autonomie¹⁷⁸, sa fonction sanctionnatrice¹⁷⁹ est dès lors sollicitée et « instrumentalisée » comme un outil de moralisation de la sphère médicale qui intervient pour garantir le respect des valeurs propres aux médecins et incarnées par les règlements¹⁸⁰ au lieu de garantir le respect de la vie en tant que « valeurs essentielles »¹⁸¹. Lorsqu'ils ne concernent pas directement la technique médicale, ces comportements peuvent relever de la déontologie qui renvoie d'ailleurs, pour ce

qui concerne les sanctions, au Code pénal¹⁸².

Toutes ces considérations participent du « relâchement » du principe de légalité. Celui-ci a du mal à s'affirmer en droit pénal médical où s'entremêlent les normes légales et réglementaires aux fonctions bien différentes. Ainsi, l'incompatibilité des objectifs avoués des deux normes mine considérablement l'efficacité de la responsabilité pénale des médecins. La brèche ouverte par l'affaiblissement du principe de légalité sert de terreau au foisonnement des incriminations pénales qui malheureusement ne laisse que très peu de place à la cohésion. En plus, l'art médical est une activité qui ne peut se concevoir sans le risque duquel dépendent les prouesses scientifiques enregistrées depuis un demi-siècle. Dès lors, considérée comme un opprobre jeté sur une profession dont la noblesse n'est plus à démontrer, toute action en responsabilité pénale s'avère avilissante eu égard à ses conséquences sur les médecins et sur l'art médical dans son ensemble.

Tous ces ratés augurent d'un droit pénal médical peu élaboré et inefficace. Devant

¹⁷⁸ G. Royer, *L'efficience en droit pénal économique, Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, 2009, p. 53.

¹⁷⁹ B. Bouloc, *Droit pénal général*, Coll. précis, Dalloz, Paris, n° 31, cité par Ndiaw Diouf, « Le dirigeant social face au risque pénal dans l'entreprise », *Mélanges François Anoukaha*, p. 191.

¹⁸⁰ P. Mistretta, *Droit pénal médical, op. cit.*, n° 578 et s.

¹⁸¹ *Ibidem*, n° 38.

¹⁸² Article 194 du *Code de déontologie des professions de la santé*.

une telle insécurité juridique, l'hésitation entre la protection du médecin qui commet une faute ou la protection des « valeurs essentielles » à la société, qui suppose le respect de la moralité et de l'éthique, la conscience du législateur est mise à rude épreuve. Face aux enjeux concernant le domaine de la santé publique et le postulat selon lequel il n'y a pas d'avancées majeures dans le domaine médical sans prise de risque, la volonté de protéger les médecins contre les actions pénales pour fautes non-intentionnelles paraissait inévitable. Ainsi, la reconsidération par le législateur du lien de causalité contribue à faire reculer significativement le domaine de la responsabilité pénale des médecins. Il en résulte dès lors une intervention mesurée de la sanction en cas d'infraction non-intentionnelle.

B- Une intervention mesurée de la sanction pénale

Le médecin est protégé du risque pénal par une intervention nécessairement mesurée de la sanction. D'une part, pour parvenir à un tel équilibre la loi a subordonné l'intervention de la sanction pénale à la connaissance du risque par le médecin (1).

D'autre part, la dépénalisation partielle de la faute non-intentionnelle (2) intervient pour protéger le médecin qui prend des risques pour sauver des vies.

1- Une sanction subordonnée à la connaissance du risque

Par principe, le domaine de la faute de l'article 319 du Code pénal congolais reste large et ne laisse que très peu de place aux fautes non-intentionnelles d'éviter la sanction devant les tribunaux répressifs en considération de la conception unitaire des fautes civile et pénale qu'admet le droit congolais. Toutefois, ce texte prévoit que la culpabilité n'intervient que lorsqu'en plus de sa faiblesse humaine le médecin n'a pas observé des « règlements » dont il ne pouvait ignorer la teneur au regard de sa compétence et de son expérience. En droit français la faute simple « normative » devient caractérisée en cas de manquement à une « obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement »¹⁸³. On peut toutefois observer que dans les deux législations la transgression de la réglementation pourtant essentielle à l'incrimination ne suffit pas à aggraver la faute, encore faut-il que le médecin ait eu connaissance du risque auquel il expose le malade. Ainsi, la connaissance du risque qui peut être

¹⁸³ A. Ponselle, « La faute caractérisée en droit pénal », *op. cit.*, p. 86.

considérée comme « la connaissance effective de la transgression »¹⁸⁴ est la condition sans laquelle le médecin serait absout de toute faute.

La réduction du champ de la responsabilité pénale des médecins est un phénomène qui est particulièrement mis en exergue à l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal français. Ce texte protège particulièrement les médecins contre une répression abusive des atteintes non-intentionnelles. En effet, la culpabilité non-intentionnelle entame le crédit de la profession et ne mérite pas une sanction aussi sévère selon les promoteurs de la loi du 10 juillet 2000. Dès lors il est apparu opportun de réduire le domaine de la responsabilité pénale médicale pour faute non-intentionnelle. Le législateur abandonne ainsi la conception extensive de la faute en instaurant des balises de protection en faveur des praticiens en considération du lien de causalité conditionnant la culpabilité qui désormais devra être appréciée *in concreto*. Désormais, ce n'est plus la faute simple qui conditionne la culpabilité mais plutôt la faute d'« une certaine gravité ». Celle-ci doit être entre autres si « évidente » et si « inadmissible »¹⁸⁵ que le médecin ne «

pouvait ignorer » le risque. A l'opposé, l'ignorance du risque ne saurait exposer le médecin à la condamnation pénale. En effet, « il n'y a pas faute caractérisée lorsque les praticiens ne « savaient [pas] que leur comportement créait à l'encontre de leur patiente un danger d'une particulière importance »¹⁸⁶. Par ce raisonnement des juges du fond d'Agen, c'est toute la théorie de la « faute virtuelle »¹⁸⁷, c'est-à-dire non prouvée, à l'origine des condamnations injustifiées pour bénéficier du dédommagement qui est battue en brèche. Par conséquent, la causalité indirecte est susceptible d'impliquer la faute délibérée ou la faute caractérisée lorsque le lien de causalité est établi. A cet effet, la culpabilité au sens de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal français implique nécessairement une démonstration de la faute qui doit être caractérisée. Dit autrement, la faute grave est celle que ne pouvait ignorer le praticien au regard du danger auquel il exposait la victime. On peut dès lors considérer pour acquis que la faute caractérisée devient le « verrou » sans lequel la culpabilité ne peut être retenue. En vérité, l'éviction d'une culpabilité essentiellement générée par la faute simple consacre un allègement de la

¹⁸⁴ A. Sériaux, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », *D.* 2017/2, n° 2, p. 231, spéc. 242.

¹⁸⁵ P. Mistretta, « La responsabilité médicale... », *op. cit.*, p. 1290, n° 18 ; TGI Rochelle, 7 sept. 2000, *RSC* 2000, p. 159, obs. Y. Mayaud.

¹⁸⁶ CA Agen, 27 nov. 2000, n° 00-753, *BICC* 31 mai 2000, n° 606.

¹⁸⁷ Cl. Sureau, D. Lecourt, G. David, *L'erreur médicale, op. cit.*, p. 37.

responsabilité pénale avec le postulat selon lequel l'intervention du médecin peut être la cause d'un fait dommageable (composante causale) sans forcément mettre en jeu sa culpabilité (composante coupable), notamment lorsque le praticien n'avait pas connaissance du risque. Par conséquent, c'est la violation d'une réglementation en connaissance de cause qui caractérise la faute sans pour autant en chercher la cause. En d'autres termes, la sanction est subordonnée à la connaissance du risque. En l'absence d'une telle condition, toute action pénale contre le médecin est limitée dans ses effets faute d'intentionnalité. Ainsi faudrait-il un haut degré d'exigence pour que la culpabilité soit retenue à l'égard du médecin. Cette culpabilité est fondée sur la connaissance du danger auquel le malade est exposé, risque que le médecin serait dans l'impossibilité d'ignorer. Le postulat ainsi posé, la connaissance du risque est la condition sans laquelle la sanction pénale ne pourrait sévir. Elle est désormais regardée comme une modalité d'appréciation de la faute caractérisée¹⁸⁸, un critère d'allègement ou d'aggravation de la faute.

Il va sans dire que cette exigence posée à l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal français est difficile à atteindre d'autant

plus qu'au regard de ses compétences il est difficile que le médecin agisse en toute conscience du dommage qu'il cause à sa victime. Cette connaissance de la réalité du risque fait souvent défaut et crée indubitablement un niveau difficilement atteignable. La difficulté est encore plus renforcée du point de vue de la preuve qui n'est pas aisée à établir car la faute doit être forcément délibérée ou caractérisée. La conjonction de toutes ces conditions « rehausse le degré de la faute »¹⁸⁹ qui n'est retenue qu'exceptionnellement, notamment lorsque l'agent qui a la connaissance du risque est conscient du dommage que ce dernier pourrait causer au malade. En conséquence, si la faute caractérisée ou délibérée ne pouvait ne pas être ignorée par le médecin, l'ignorance du risque ne peut justifier la sanction. C'est le cas lorsque le médecin « ignorait tout du danger couru par la victime et ne pouvait par conséquent pas y remédier, même en agissant au mieux de ses compétences »¹⁹⁰. Dans une telle situation il y a lieu de prononcer la relaxe¹⁹¹. On assiste dès lors à une dépénalisation partielle de la faute non-intentionnelle qui mérite l'attention.

¹⁸⁸ *Revue des sciences criminelles et droit pénal comparé*, « Chronique de jurisprudence », 2015/2, n° 2, p. 418.

¹⁸⁹ A. Sériaux, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », *op. cit.*, p. 234, n° 4.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 244.

¹⁹¹ Douai, 26 mars 2002, *JCP* 2003, IV, 1041.

2- Une dépenalisation partielle de la faute

Dès lors que la mise en œuvre de la responsabilité pénale constitue une entrave au libre exercice de la profession¹⁹² et un obstacle au développement de la recherche scientifique¹⁹³, un choix équilibré s'impose entre une juste et nécessaire répression. Avant toute chose, il convient de retenir que la dépenalisation est née de la volonté d'alléger la responsabilité pénale des médecins étant donné que les poursuites envers ces derniers ne peuvent être « justifiées que lorsqu'elles sont efficaces »¹⁹⁴. C'est ainsi que dans une affaire relevant au regard des faits de la responsabilité délictuelle, le juge congolais s'est référé à la notion de responsabilité contractuelle de l'article 1147, ancien, du Code civil neutralisant ainsi toute velléité de mise en jeu de la responsabilité pénale du médecin. S'inspirant de l'arrêt rendu par la Cour de cassation française le 20 mai 1936¹⁹⁵, le juge a déplacé la question relative à la mise en œuvre de la responsabilité pénale du médecin sur le plan de la responsabilité contractuelle¹⁹⁶. En

effet, selon de l'arrêt Mercier, « *il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat* ». De bon sens, cette contractualisation ne concernait que la relation entre le médecin libéral et le patient ou la relation entre l'établissement de soins privé et le patient¹⁹⁷. Cependant, dans le cas d'espèce, le juge congolais a élargi l'application de ce principe au médecin hospitalier. Cela implique dès lors une responsabilité fondée sur une obligation de moyen à l'égard du médecin ou de l'établissement public qui l'emploie. Dit autrement, la responsabilité en cas de dommage relèverait nécessairement de la non-exécution ou de la mauvaise exécution du contrat. Ainsi, le raisonnement écarte-t-il du champ de la répression la faute non-intentionnelle qui ne connaîtrait dans ce cas de sanction que l'indemnisation.

Sur le plan des principes, devant le risque que représente la procédure pénale ouverte contre le médecin, la juridiction régulatrice française avait espéré éviter le retentissement psychologique et médiatique de la plainte dans l'éventualité d'une condamnation du praticien¹⁹⁸. De la sorte,

¹⁹² P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale ... », *op. cit.*, p. 1285.

¹⁹³ Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non-intentionnelle », *op. cit.*, p. 603.

¹⁹⁴ B. Fasterling, Compliance – Les risques d'un droit pénal du risque ... », *op. cit.*, p. 225.

¹⁹⁵ Cass. civ., 20 mai 1936, *Dr Nicolas c/ époux Mercier*, DP 1936, I, 88, concl. Matter.

¹⁹⁶ TGI de Brazzaville, ch. corr., 21 mai 1983, *K. c/Hôpital général*, inédit : « Attendu que le jeune

K... a été admis à l'hôpital général un jour après avoir été consulté par le docteur V... qui avait déclaré son cas urgent, qu'y étant, un contrat s'était formé entre ledit hôpital et le jeune K...patient ».

¹⁹⁷ S. Elshoud, *Fiches de droit de la santé et de droit médical*, *op. cit.*, p.p. 83-85.

¹⁹⁸ Cl. Sureau, D. Lecourt, G. David, « L'erreur médicale », *op. cit.*, p. 36.

l'acte médical qualifié de « contrat »¹⁹⁹ n'était plus péjorativement connoté car exempt de toute considération répressive qui entamerait la réputation et le crédit du médecin. En vérité, la plainte au pénal serait plus attentatoire à la dignité que ne l'est la plainte au civil même si la doctrine estime que les effets sont les mêmes tout en reconnaissant que les conséquences financières sont différentes²⁰⁰. Aussi, sociologiquement, le médecin est considéré comme le notable qu'il est plus facile de frapper au portefeuille.

La tendance à la dépénalisation connaît un réel essor. Si le droit français considère la causalité comme un nouveau critère d'exonération de la responsabilité²⁰¹, le juge congolais a tendance à reporté la responsabilité pénale des médecins sur celle de l'établissement public hospitalier. En effet, le mouvement jurisprudentiel suivi par les juges congolais ayant contribué à reculer le domaine de la culpabilité du médecin est renforcé par des mécanismes juridiques d'exonération de la responsabilité pénale des auteurs de fautes non-intentionnelles. Dans de nombreuses affaires, l'Hôpital général de Brazzaville a été sanctionné sans que le juge n'ait retenu la responsabilité du médecin ni précisé la

nature civile ou pénale de la faute²⁰². En réalité, en droit congolais « *la responsabilité de l'établissement hospitalier exige une faute lourde, c'est-à-dire une faute d'un degré de gravité qui, sans atteindre celui requis pour la faute personnelle, est tout de même important* »²⁰³. Ainsi, le médecin hospitalier quel que soit son degré d'implication dans la faute ne peut être tenu pénalement pour responsable qu'en cas de faute détachable des fonctions. Dans l'hypothèse de « responsabilité systémique », notamment en cas de transfusion du sang infecté par le VIH, le tribunal de Poto-Poto a retenu la faute « des services de l'Hôpital général [qui] ont fait montre d'une négligence et d'une imprudence grave » exonérant ainsi les médecins de leur responsabilité personnelle²⁰⁴. Pour tout dire, ce principe consacre de façon claire une dépénalisation partielle des fautes non-intentionnelles. Dans une autre occurrence, la responsabilité pénale du médecin est absorbée par la responsabilité civile de l'établissement hospitalier qui est condamné à verser des dommages-intérêts à la victime. C'est ainsi qu'en dépit du lien de causalité établi entre le décès de N... et le curetage pratiqué par l'assistant médical MPO..., la Cour

¹⁹⁹ Cass. civ., 20 mai 1936, *op. cit.*

²⁰⁰ Cl. Sureau, D. Lecourt, G. David, « L'erreur médicale », *op. cit.*, p. 34.

²⁰¹ P. Mistretta, « La responsabilité pénale médicale... », *op. cit.*, p. 1288, n° 9.

²⁰² V. de P. Mouanda-Ngouma, *La situation de la victime d'un accident médical devant les juridictions civiles congolaises*, *op. cit.*, p. 20.

²⁰³ *Ibidem*, p. 4.

²⁰⁴ Trib. pop. d'arr. Poto-Poto, 17 juin 1989, inédit.

criminelle de Dolisie avait prononcé en date du 21 juillet 2011²⁰⁵ la relaxe en faveur de l'infirmier qui était prévenu d'homicide involontaire. Cette solution s'est imposée au juge quand bien même N... a trouvé la mort des suites de l'intervention de l'infirmier. La décision relève que N... présentait déjà une « anémie doublée d'un coma » à son arrivée à l'hôpital. De la sorte, « l'avortement pratiqué par MPO... ne serait pas la cause immédiate du décès »²⁰⁶ selon les juges répressifs. Pourtant, à bien y regarder, MPO... a bien contribué au décès de N... en réalisant sur elle un avortement qui s'est révélé fatal. En effet, il est évident que le juge congolais s'est référé à la notion de responsabilité pour faute que revêt l'article 319 du Code pénal, celle-ci congédie toute considération relative au lien de causalité pour ne retenir que la faute. Selon cette approche, les comportements fautifs sont sanctionnés individuellement en tenant compte de leur autonomie juridique au regard de la culpabilité qu'ils induisent. Ce qui pourrait justifier la particularité de cette décision qui est la relaxe prononcée pour des faits graves qui entrent pourtant

dans le champ de l'incrimination de l'article 319 du Code pénal.

Il va sans dire que dans l'appréciation de la faute le juge s'est appesanti sur la diligence normale observée par l'infirmier dans l'exécution de l'acte médical en tant que critère objectif nécessaire à la constitution de la faute non-intentionnelle. Cette décision marque une culpabilité allégée et une forme d'indulgence à l'égard des médecins qu'incarne l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal français selon lequel la culpabilité en cas de causalité indirecte dépend inévitablement du défaut de diligences nécessaires qui sont de nature à exposer au danger la vie du patient. A contrario, le médecin diligent ne s'expose pas à la sanction²⁰⁷. On perçoit dès lors que par cette nouvelle approche la législation française penche désormais vers une conception dualiste de la faute qui a pour conséquence la « dépénalisation des fautes les moins graves »²⁰⁸. Il ne s'agit pas moins d'une dépénalisation partielle qui suppose en revanche une pénalisation mesurée²⁰⁹. Par conséquent lorsqu'il y a condamnation pénale du médecin, celui-ci verra également sa responsabilité être engagée devant la

²⁰⁵ Cour crim. de Dolisie, 27 juillet 2011, cité par V. R. Samba Moussinga, *La responsabilité pénale des professionnels de la santé au Congo*, *op. cit.*, p. 37.

²⁰⁶ *Idem*.

²⁰⁷ A. Sériaux, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », *op. cit.*, p. 232.

²⁰⁸ Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non-intentionnelle... », *op. cit.*, p. 605.

²⁰⁹ W. Feugère, « La sanction adéquate en droit pénal des affaires », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°1, janvier-février 2017, p. 37.

juridiction civile. Au contraire si la mise en jeu de la responsabilité pénale du médecin débouche sur un non-lieu ou une relaxe, seule la responsabilité civile du médecin pourrait être mise en jeu aux termes de l'article 4-1 du Code de procédure pénale français sur le fondement de la faute civile délictuelle, étant donné que la faute simple ne constitue pas le critère recherché pour mettre en cause la responsabilité pénale du médecin. Cependant, en droit congolais, la faute pénale ne connaît pas d'échelle de gravité. Dès lors, la culpabilité n'est retenue que selon le critère de l'article 319 du Code pénal, c'est-à-dire en cas de violation des règlements.

Aussi est-il opportun de préciser que la médiation recèle suffisamment de vertus pour régler un contentieux pénal en cas de faute non-intentionnelle. Mais le législateur congolais ne prévoit malheureusement pas un tel dispositif qui existe pourtant en droit français²¹⁰ et dans les droits voisins. En effet, si l'article 32 du Code de procédure pénale du Sénégal prévoit la possibilité d'une médiation pénale entre les parties, le Code d'instruction criminelle de la République démocratique du Congo propose également cette solution alternative au procès pénal²¹¹. Ainsi, contribuant au

processus de dépenalisation partielle de la faute et à asseoir des relations apaisées entre l'auteur de la faute et la victime, la prévision de ce mode de règlement alternatif de différends conviendrait en droit pénal médical au regard des circonstances de survenue de l'affaire, de la gravité de l'infraction, du profil du délinquant et de ses capacités financières. Le Procureur de la République pourrait s'auto-désigner ou désigner un médiateur pénal préalablement à la décision de l'action publique. Celui-ci sera chargé d'aider les parties à trouver une solution par elles-mêmes en veillant sur l'exécution de leurs obligations. En cas de réussite de la médiation, le procès-verbal est remis au procureur de la République.

Conclusion

On perçoit bien que le degré de gravité de la faute doit être élevé pour retenir la responsabilité pénale du médecin. L'article 319 du Code pénal congolais fixe comme critère de culpabilité la violation d'un règlement qui impose une obligation particulière de prudence et de sécurité. Tandis que le degré de culpabilité du médecin hospitalier se mesure selon le critère de la « faute détachable » des fonctions. En effet, il est bien connu que les

²¹⁰ L. n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes. L'article 30 de cette loi n'offre la possibilité d'une médiation pénale que lorsque la demande en est faite « à la demande ou avec l'accord de la victime ».

²¹¹ A. C. Makosso, « Les nouvelles figures de délinquance mal saisies par le droit pénal des mineurs », *Les Annales de l'Université Marien Ngouabi*, vol. 19, n° 2, 2019, p. 33, spéc. p. 51.

procédures mettant en mouvement la responsabilité pénale des médecins n'aboutissent que rarement à des condamnations devant le juge congolais. Cette tendance est partagée également par le droit français qui, au regard de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal fixe la culpabilité du médecin pour faute non-intentionnelle à la faute caractérisée en tant que degré le plus élevé de la faute. Aussi faudrait-il ne pas perdre de vue que, sociologiquement réfractaires au contentieux et socialement vulnérables, les victimes d'actes médicaux abusifs préfèrent obtenir, autant que faire se peut, une indemnisation réparatrice au titre de la responsabilité civile que d'oser la procédure pénale. Toutefois, on remarque aisément que jusque-là la responsabilité pénale du praticien n'était qu'une responsabilité objective. Désormais, le développement de l'exercice libéral de la médecine et la reconnaissance des droits des malades aidant, le juge saisi dispose d'une cible bien précise en la personne du médecin. Ce qui constitue une réponse opposée au risque pénal permanent dans la mesure où le médecin, anobli par son art qui consiste à sauver des vies, peut être coupable d'atteintes à l'intégrité physique et à la vie entendue comme une valeur élémentaire et fondatrice de la société. Mais, plus qu'un art de guérir, la profession médicale trouve son accomplissement dans la prévention du risque et dans le respect de

l'éthique professionnelle comme étant l'une des rares valeurs en position de circonscrire la contrainte pénale. Par ailleurs, conscients des risques que prend le médecin pour sauver des vies, le législateur et le juge jouent un rôle crucial dans sa protection contre le risque pénal devenu réalité. Si au Congo la responsabilité civile hospitalière est le principal mécanisme juridique de protection des médecins contre le risque pénal qui les guette, en France l'institution d'une échelle de fautes participe de la protection des médecins qui ne sont réellement inquiétés que pour les fautes délibérées ou caractérisées qu'ils commettent. Mais cette prise de position ne jette pas le voile sur la nécessaire protection des victimes qui disposent de l'action pénale comme une arme redoutable contre les comportements fautifs des médecins. Il ne s'agit pas dans cette étude d'opposer la mise en cause pénale du médecin à la prévention du risque par la réglementation et à la dépénalisation partielle de la faute, lesquelles trouvent toute leur place dans l'équilibre des intérêts en présence. Il s'agit de ne pas occulter la responsabilité morale du médecin en faisant intervenir la sanction pénale lorsque l'autorégulation par la réglementation a montré ses limites.