

# La mission d'un expert: l'importance des questions ouvertes

*Asking a question is not an innocent thing to do.*<sup>1</sup>

*De quelle façon un juriste doit-il formuler sa mission à un expert? Voilà un sujet d'étude et de discussion de longue date. Pour le moment, il n'y a pas eu de réponse satisfaisante. Dans de nombreux cas, l'expert est censé expliquer comment un évènement peut avoir eu lieu – une analyse –. Tandis que l'intervention juridique, elle, a pour but d'évaluer si une partie ou un suspect peut être tenu responsable - un jugement normatif-. Cette différence nous propose déjà un peu la réponse à cette question: on a un but juridique et une problématique de fait. Si on les distingue bien l'un de l'autre, si la problématique est formulée de la bonne façon et qu'on y répond adéquatement, il doit être possible de se rapprocher de l'image idéale du rapport d'expertise, vraiment fiable et juridiquement utile.*

## 1. Introduction

Lorsque pour résoudre des problèmes juridiques, avocats ou juges doivent trancher sur des questions hors de leur compétence, ils auront envie de faire appel à un expert spécialisé dans le domaine, que ce soit dans le pénal, le civil ou l'administratif.<sup>2</sup> Il peut s'agir, par exemple, d'évaluer une situation existante, d'expliquer un évènement indésirable ou d'apprécier des dommages ou une valeur. Cet examen plus approfondi se consacre, surtout en droit des responsabilités, à évaluer la violation des normes et de ses conséquences parce que, finalement, le juge doit surtout prononcer un jugement de causalité et admettre la responsabilité. L'analyse spécialisée de l'expert consiste à mesurer et/ou à constater pour ensuite trier, choisir et interpréter les données obtenues et en tirer finalement les conclusions. Le rapport d'expertise sert toujours à un but juridique concret mais il peut y avoir en jeu des intérêts bien différents pour chaque partie. Pour une seule analyse, divers experts peuvent arriver à une conclusion différente alors qu'on parle du même incident. Pour la suite de l'intervention jurisconsulte, il est déterminant qui est l'expert et de quelle manière celui-ci va examiner la question dont il est question.

A partir du moment où l'on ressent le besoin de compétences spécialisées non judiciaires, on peut, lors d'une procédure, se poser des questions juridiques: qui détermine ou qui décide quel examen est fait, sur quels faits se base-t-il et par qui est-il fait?<sup>3</sup> On a donc besoin de critères de sélection pour engager le bon expert et il y a des règles à suivre. Mais au-delà de cet aspect procédural, on a une dimension matérielle non négligeable, qui est la manière par laquelle l'examen sera exécuté et qui générera la connaissance.

Si on veut arriver à une appréciation normative d'une situation problématique, les aspects juridiques et les aspects théoriques de la connaissance importent et il faut les y intégrer soigneusement. Généralement on confie la mission à un expert sous la forme d'une ou plusieurs questions. Pourquoi sous la forme d'une interrogation et non pas sous la forme d'une consigne: " faites une appréciation à partir de votre propre perspective et donnez-en vos commentaires professionnels"? On risque le manque de guidage dans la demande et, de cette façon, de ne pas toucher le fond juridique de l'affaire: on a besoin d'acquérir la connaissance de façon ciblée. Les questions constituent un châssis utile pour mettre en route cette procédure d'examen, la canaliser - mais aussi pour lui donner des limites. Poser des questions est probablement la meilleure pratique communicative au sein de la coutume institutionnelle juridique.<sup>4</sup>

Qu'allons-nous rencontrer si on choisit cette manière de questionnement? Fondamentalement, la question déterminera la réponse et il est donc logique de réfléchir à la meilleure façon de formuler les questions aux experts.<sup>5</sup> Ce qui implique aussi qu'on veuille avoir à sa disposition des critères pour distinguer les bonnes des mauvaises questions. Mais de quels critères disposons-nous et sont-ils fiables? Il faut premièrement se pencher sur le processus même de la formulation de la question et cela veut dire qu'il va falloir s'occuper de ses notions de base - l'art de poser les bonnes questions et de les formuler de la bonne façon. Ensuite vient le processus de la réponse à la question. Qui veut se pencher sur cette problématique ne peut le faire sans y mêler la large perspective méthodologique de *problem solving*.

\* Pr. Dr. R.W.M. Giard est professeur de méthodologie et de responsabilité à Erasmus School of Law, département de droit privé, Erasmus Universiteit de Rotterdam et il est le rédacteur de cette revue. Avec les remerciements à SiewertLindenbergh et Willem van Boom pour leurs annotations critiques lors des versions antérieures de cet article.  
La version néerlandaise originale de cet article a été publiée dans le magazine *Expertise en Recht*, Eer 2013, vol. 2.

1. Steensig & Drew 2008, p. 7.  
2. Kranse.a. 2011.  
3. De Groot 2008, p. 6.  
4. Tracy & Robles 2009, p. 131.  
5. Voir 2003, Akkermans 2005 et Akkermans.a. 2009 et aussi De Groot 2008.  
6. Voir pour un texte classique à ce sujet Payne 1951 et récent McClimans 2012.

Le cas doit être ciblé et résolu de façon transparente, ce qui demande une bonne organisation ainsi qu'une surveillance de la qualité des séries de processus de travail qui sont exécutées à cet effet.<sup>7</sup>

Dans cet article, je repose la question de savoir comment on peut exposer un problème à un expert à la forme interrogative, mais dans cette considération, je ne me limite pas à déterminer quelle est la bonne façon de formuler la mission. Je choisis une approche plus large et examine la question depuis un point de vue épistémologique et méthodique sans négliger bien sûr les cadres juridiques.

Il y a toujours deux choses qui jouent un rôle dans la mission de l'expert: un jugement doit être prononcé par celui qui jugera juridiquement, c'est le dernier élément; mais bien avant, on a besoin d'un examen qui génère la connaissance. C'est pourquoi l'expert a donc affaire à deux questions qui sont respectivement d'ordre évaluatif et analytique; l'évaluation faisant suite à l'analyse. Les thèmes de cet article se résument donc à ceci: pourquoi cette distinction est-elle si importante dans la pratique et comment la concrétiser. Je vais d'abord montrer des exemples de fonctionnement ayant cours dans la formation de questions et ensuite, je formulerai les exigences qui devraient être posées dans un rapport d'expertise. Pour résoudre un cas, il faut procéder selon un plan et faire une distinction très nette entre le but de la procédure et la question qui découle de l'analyse empirique. On rencontrera des exemples de types de questions erronées pour ensuite se poser la question: comment s'y prendre alors?

## 2. Exemples de questions

Avant d'examiner la théorie du processus de questionnement, je vais d'abord donner quelques exemples de missions de ce genre, vus dans la pratique dans le domaine du droit des responsabilités (médicales):

1. "Est-ce qu'un généraliste assez habile et assez bon médecin traitant, aurait renvoyé à un cardiologue (en urgence) la demanderesse le 25 août 2003?<sup>8</sup> Dans ce cas, il s'agissait de diagnostic manqué d'infarctus du myocarde."
2. "D'après vous, est-ce que le médecin traitant aurait dû renvoyer cet homme à un neurologue vu ses plaintes antérieures au 12 novembre 2002?"<sup>9</sup> Dans ce cas, le demandeur était convaincu qu'il aurait dû être opéré plus tôt de son hernie dorsale.
3. "Pensez-vous que dans un cas identique un chirurgien orthopédique assez expérimenté et précis aurait agi de la façon dont s'est comporté son collègue?"<sup>10</sup> Dans ce cas, il s'agissait de complications lors d'une intervention orthopédique.

Qu'est-ce que ces questions ont en commun? Elles ont plus d'analogie qu'on pourrait le penser au premier abord:

- ce sont des questions *hypothétiques*;

- Ce sont des questions composées donc *complexes* dans leur sémantique;
- Ce sont toujours des questions fermées *catégoriques* auxquelles on ne peut répondre que par "oui" ou par "non";
- Il s'agit de *contraste*: bien faire *versus* mal faire;
- Ce sont des questions *chargées* de culpabilité dans le sens où on doit examiner si une faute déterminée aurait pu être évitée par la personne citée;
- L'issue non désirée de l'évènement est la *motivation* pour poser la question et on l'estime connue de l'expert;
- On demande à l'expert finalement un *jugement de valeur* sur les comportements de la partie citée pour pouvoir déterminer si celle-ci a agi de façon injuste.

Ces questions étaient-elles opportunes à poser aux experts et nous ont-elles menés à des réponses justes dans les procédures respectives? Mais attention: pour pouvoir répondre à ces questions selon la bonne formulation, on doit se rendre compte qu'on a affaire à une expertise comportant un processus complet de travail. On a toujours un évènement concret, un accident par exemple, une faute de construction ou un délit dont les conséquences portent préjudice à des personnes (de droit). Cette issue indésirable a des conséquences juridiques et pour les résoudre, des questions d'appréciation vont surgir, un expert spécialisé devra les examiner.

Par conséquent, il faut une tâche concrète sous forme d'une ou plusieurs questions que l'avocat de la pratique posera au spécialiste, l'expert va ensuite chercher les réponses et les résultats donneront lieu à la réflexion et à l'évaluation par les parties. Finalement, c'est le décideur juridique qui décidera s'il va utiliser, oui ou non, les conclusions du rapport d'expertise.

Le questionnement a pour but évident d'obtenir une réponse adéquate et utile au commanditaire. Vu l'enchaînement, il va de soi que la condition essentielle consiste en la formulation de la bonne question - mais ce n'est pas non plus la seule. En outre, tout ceci fait partie d'une pratique institutionnelle juridique et ne peut donc pas être considéré en dehors des principes juridiques directeurs et des exigences procédurales qui sont prévus par une procédure.<sup>11</sup> Je vais détailler cette chaîne dans le paragraphe suivant.

## 3. Les missions d'experts et leurs exigences en contexte juridique

Entre la question et la réponse, il existe une relation réciproque: on répond en fonction de la question et on demande en fonction de la réponse. Comment atteindre un résultat optimal lors d'une mission d'expertise? Poser les bonnes questions, faire la bonne enquête et donner la bonne réponse. L'ensemble de ces trois éléments détermine naturellement la qualité du rapport.

7. Verschuren 2011b.

8. Rb. Utrecht 8 december 2010, L/JN BO6888.

9. Rb. Alkmaar 18 april 2012, L/JN BW7789.

10. Paraphraser à la forme interrogative, Akkermans e.a. 2009 op p. 92 du HR 9 novembre 1990, NJ 1991, 26.

11. De Groot 2008.

Il serait bon de commencer par réfléchir d'abord aux exigences essentielles que doit comporter le rapport d'expertise, d'examiner les conséquences que cela implique dans la façon de poser la ou les questions et ensuite d'exécuter le rapport d'expertise. Qu'est-ce qui caractérise le mieux le rapport convenable? <sup>12</sup>

- Le rapport doit montrer suffisamment l'ampleur et la profondeur de la recherche: l'exigence de *l'intégralité* des résultats.
- Le rapport doit être valide: il démontre la pertinence de la réalité empirique de façon exacte et précise; et les observations sont fondées sur les demandes déterminantes de connaissances scientifiques, l'exigence de *conformité*.
- Les conclusions du rapport sont logiques en partie et, grâce, à cela utiles à l'objectif juridique: l'exigence de *l'efficacité* de la réponse.
- La possibilité de réactions rivales à une même question doit être inventoriée et le choix d'une de ces options doit être libre de préjugés: l'exigence de *l'équité argumentative*.

La tâche logique de l'expert qui consiste à soumettre quelque chose aux avocats et aux parties, peut avoir lieu à partir de deux positions différentes: en tant qu'expert de la partie pour aider à établir la position de la partie concernée ou en tant qu'expert en cour pour informer le magistrat des faits du cas et de la façon dont ils peuvent être interprétés. Ces différents points de départ peuvent affecter le résultat de l'enquête. Si toutes ces conditions nécessaires à un bon rapport d'expertise étaient toujours réunies, cela ne devrait faire aucune différence, au sens strict du terme, que l'expert soit engagé par une partie ou qu'il soit mandaté par le tribunal. La pratique est bien différente: le choix de l'expert de la partie importe certainement sur l'échiquier juridique et c'est pourquoi les avocats choisissent sciemment un expert bien précis.<sup>13</sup> Dans certaines procédures, le rapport éveille de nouvelles questions qui devront être examinées par un autre expert et ainsi croît le nombre d'experts par procédure. Ainsi, au nom des parties, plusieurs experts se retrouvent face à face et la bataille juridique dégénère en "bataille d'experts". Il peut arriver que les experts puissent ou doivent être d'accord avec les faits ou les conclusions, mais ils peuvent aussi ne pas être d'accord (et le rester) avec leurs interprétations et leur appréciation des faits. Cette dernière est plutôt une question subjective qui finalement ne peut être vérifiée objectivement. Il se peut que des experts aient une approche décontractée par rapport à la responsabilité de leurs connaissances théoriques et qu'ils adaptent leur "science" en faisant prévaloir l'intérêt de la partie, ceci avec une certaine créativité. C'est pourquoi il n'est pas toujours bon de suivre aveuglément les conclusions des experts mais de les examiner de façon critique. De plus, comme le juge n'est souvent impliqué dans une

De plus, comme le juge n'est souvent impliqué dans une affaire qu'après de nombreuses recherches et d'échanges de faits, il est nécessaire d'exiger de formuler explicitement les exigences méthodologiques au rapport d'expertise. Rétrospectivement, cela offre un cadre d'évaluation pour tout rapport d'expertise fait préalablement et qui ne sert pas forcément la partie, et prospectivement, un cadre méthodologique pour l'enquête à venir. Je vais à présent détailler ce cadre.

#### 4. Le rapport d'expertise connaît un objectif et une question

Dans un contexte juridique où justement la notion de "recherche de la vérité" - fréquemment implicite- joue un rôle majeur, il est indispensable, lors d'une mission, de procéder systématiquement et de faire examiner cette question soigneusement et entièrement par l'expert.<sup>15</sup> Un tel plan de travail se compose de deux éléments:

- (1) un but clairement défini de l'enquête et
- (2) mentionner les moyens nécessaires pour pouvoir atteindre ce but, donc respectivement l'aspect conceptuel et l'aspect technique de la tâche à effectuer.

Cette approche en deux étapes a aussi des conséquences sur la constitution du rapport d'expertise. La phase conceptuelle comprend la bonne formulation de la mission à l'expert et une importante responsabilité repose en outre sur les avocats de la pratique concernés. L'exécution technique est premièrement la responsabilité de l'expert et il se doit d'ailleurs de répondre à des questions concrètes. Dans la phase conceptuelle, c'est à dire l'énoncé du problème de la mission de l'expert, on trouve deux aspects très différents, à savoir l'objectif et la question de l'enquête.

##### *L'objectif*

L'intervention juridique judiciaire ou extrajudiciaire en cours est toujours ciblée, c'est ce qui ressort des questions qui sont formulées à la suite d'un évènement catastrophique et auxquelles il faut répondre. Ceci constitue un jugement normatif d'un comportement humain: est-ce que le médecin a exercé les soins en bon secouriste? Est-ce que le chirurgien orthopédiste a agi avec suffisamment de soin? Ce sont ces questions que l'expert doit éclaircir. Il s'agit toujours de juger si le médecin concerné a transgressé les normes et, en cas de preuve, il en découle une sanction juridique.<sup>16</sup> Au pénal, un expert en médecine légale fera ses recherches pour découvrir comment prouver si le suspect a commis l'infraction qui lui est imputée.

A la forme interrogative, l'objectif juridique, en tant que catégorie, tombe sous celle de la question fermée.<sup>17</sup> La seule réponse possible est affirmative ou négative. Mais ceci est une déduction qui doit être précédée d'un solide examen.

12. Voir Elder & Paul 2008.

13. Voir Goldman 2001, Bernstein 2008 et Edens 2012.

14. La soi-disant 'junk science'; voir Kritzer 2009.

15. Verschuren 2011b, chapitre 4.

16. Norme encore en vigueur art. 7:453 CC.

17. Pour un aperçu des différents types de questions: Harrah 2002.

Dans le processus de génération de la connaissance, initialement, il est extrêmement important de bien choisir l'objectif et de bien le formuler afin de guider la mise en œuvre pratique, de motiver tous ceux qui sont concernés, de fournir le travail sur mesure nécessaire, tout ceci donnant la référence pour juger si l'examen a réussi à atteindre l'objectif de façon adéquate.<sup>18</sup> Chaque question, y compris celle de droit, a une signification qui dépend du domaine auquel elle appartient.<sup>19</sup> Le *domaine* de la question concerne l'objet de l'enquête et *l'assertion* décrit le degré de connaissance dont on a besoin. Dans la question de droit, les objets de la connaissance et leurs caractéristiques sont toujours des personnes (morales), leurs comportements ainsi que les causes de ces derniers. Les questions aux experts, posées ci-dessus, concernent des médecins (domaine) et la façon dont ils ont exercé leur profession (assertion). La portée de la question de droit en est limitée aux agissements de la ou des partie(s) assignée(s). Mais leurs faits et gestes sont définis par de nombreux facteurs personnels mais aussi externes, à savoir le contexte de leur comportement.

Pour bien juger un incident ou une catastrophe, l'enquête doit témoigner de suffisamment de largeur et de profondeur et nécessite des questions analytiques larges, ce qui est en désaccord avec le caractère personnalisé de la question de droit normative. Le comportement des personnes a toujours lieu au sein de structures sociales ou organisationnelles et dans un certain domaine de connaissance, donc le plan d'action se situe toujours dans un contexte évident. Ces circonstances sembleraient justement être d'une grande importance et sont souvent d'un intérêt crucial pour la suite des agissements.<sup>20</sup> C'est pourquoi il faut "traduire" l'objectif explicite dans un ordre du jour pour qu'il soit examiné de plus près: car on veut d'abord avoir une analyse explicative des événements et seulement ensuite, on pourra évaluer les actions des gens qui y sont impliqués.<sup>21</sup> Le travail pratique réel de l'expert est donc la question et non pas la question de droit - qui ne mentionne qu'un cadrage juridique pour l'enquête. Mais à quoi ressemble une question?

### La question

Nous devons nous rendre compte que l'expert va examiner une histoire, que pour bien pouvoir la considérer, nous avons besoin à la fois d'une description (" que s'est-il passé?") et d'une déclaration (" pourquoi cela s'est-il passé?") ; La première question ne nous donne qu'une histoire. La seconde est la plus importante car nous y cherchons l'explication causale de cet accident.<sup>22</sup> Pour pouvoir répondre à l'exigence d'exhaustivité, la question doit toujours être formulée sous la forme de question *ouverte*, par exemple du type "pourquoi...?"

Ce genre de question engendre, certes, une multitude de réponses possibles et de cette façon, l'exigence d'exhaustivité est satisfaite.<sup>23</sup> C'est ainsi que la question adéquate veille au contrôle et à l'efficacité du processus de recherche. Quand on parle de contrôle, cela veut dire que le choix de la question donne la direction de la recherche, ce qui peut se concrétiser par des sous-questions émanant de la question principale. Il est ainsi plus aisé d'enregistrer la signification précise de concepts clés compris dans la question, surtout si son interprétation peut être comprise de plusieurs façons, comme par exemple "raisonnablement compétent", "avec soin" ou "négligent".

Dans ces trois exemples cités, les questions peuvent être: (1) Pourquoi le diagnostic d'infarctus du myocarde n'a-t-il pas été détecté? (2) A partir de quand estime-t-on qu'une hernie doit être opérée? et (3) Quel genre de complications peuvent apparaître dans ce type d'opération et par quoi sont-elles provoquées? Toutes, des questions ouvertes, auxquelles on ajoutera des sous-questions apparentées. On obtient ainsi une information au sujet de la situation et on peut vérifier en cela l'agissement du médecin. En ce qui concerne la question, on en attend qu'elle réponde aux exigences d'exhaustivité mais aussi à celle de profondeur; qu'elle soit vraiment ouverte, que les suppositions qui ont motivé la question aient été faites de façon explicite et qu'elles soient vérifiées consciemment sur leur exactitude. En utilisant le terme " efficacité", nous formulons l'idée abstraite que nous voulons en savoir juste assez afin de pouvoir bien juger. Mais comment le savoir? Notre reconstruction effective de chaque événement est toujours incomplète, mais si nous réfléchissons à ce que nous devrions savoir, cela nous aide à garder la mesure dans l'enquête.

Un test nécessaire et final à la fois, consiste à vérifier les réponses obtenues sur leur valeur en terme de contenu: à quel point sont-elles justes?<sup>24</sup> Il n'est pas irréal d'avoir peur de l'illusion d'avoir complètement compris ce qui s'est passé mais cela peut s'avérer le piège de " *illusion of explanatory depth*".<sup>25</sup> Pour pouvoir sonder l'exactitude de la réponse, on peut s'aider des questions suivantes: est-ce vraiment une élucidation ou réellement une description avec d'autres termes et d'autres moyens? Est-ce que l'éclaircissement trouvé convient dans un cadre scientifique fiable de plus grande ampleur? Avons-nous conscience du danger des raisons circulaires, où citer la cause explique la suite logique alors que la cause même n'a pas été établie assez indépendamment?<sup>26</sup> Exemple: " Ce dommage a été causé parce que le médecin n'a pas agi avec soin". C'est une fausse déclaration car, alors, en quoi ressort le manque de soin et pourquoi le médecin a-t-il été négligent?

18. Verschuren 2011b, chapitre 3.

19. Verschuren 2011a, p. 203 e.v.

20. Stevens & Shojania 2011 et Croskerry 2009.

21. Lombrozo 2009.

22. Keil 2006.

23. Verschuren 2011b, p. 85 e.v.

24. Lipton 2004.

25. Keil 2008.

26. Rips 2002, Keil 2006 et Hahn 2011.

## 5. Mauvais type de questions

Au paragraphe 2, j'ai montré des exemples de questions posées à des experts et leurs analogies. Elles n'étaient pas adéquates en tant que missions d'experts, non seulement à cause de ce que j'ai mentionné ci-dessus mais aussi à cause des critiques suivantes.

### *Ne posez pas de questions hypothétiques*

Dans les trois exemples cités, il s'agissait de questions hypothétiques. En droit, ce genre de questions est courant. La portée en est toujours: "Que se serait-il passé si...?". De telles suppositions jouent notamment dans la pratique un rôle important pour déterminer la cause, le contexte *Sine qua non*, mais leur utilisation n'est pas sans danger.<sup>27</sup> L'utilisation de questions hypothétiques est cependant discutable et a rebuté dans le passé des juristes tel John Henri Wigmore ou le juge Learned Hand: ce dernier nomme ce genre de questions : "*the most horrific and grotesque when on the fair face of justice*".<sup>28</sup> Les questions hypothétiques donnent toujours la direction à suivre car elles invitent l'expert à imaginer ce qui se serait passé si, sur un certain point, quelqu'un avait agi autrement. Ce qui repose sur la supposition que l'action est erronée et c'est justement là que se forment les bases du phénomène de sélection causale.: pourquoi juger justement cette situation d'action?<sup>29</sup> C'est ainsi que l'examen de l'expert devient partial.<sup>30</sup> On dissuade l'utilisation de questions hypothétiques lors de jugements juridiques normatifs justement pour ces raisons.<sup>31</sup> Une autre question pratique subsiste: peut-on donner une réponse fiable à une question hypothétique, car sur quoi la réponse de l'expert se base-t-elle réellement? Donne-t-il surtout un avis intuitif ou est-ce que sa réponse est basée sur des données issues de sources empiriques et scientifiques fiables qui permettent de deviner en toute confiance le résultat, ce qui les rend donc comparables? L'interrogation en questions ouvertes et actuelles nous serait profitable car elle incite l'obtention d'une bonne interprétation empirique surtout lorsqu'il s'agit de sujets de causalité.<sup>32</sup>

### *Ne posez pas de questions complexes*

La troisième question est par excellence l'exemple d'une question complexe: "Pensez-vous que dans un cas identique un chirurgien orthopédique assez expérimenté et précis aurait agi de la façon dont s'est comporté son collègue". Une telle requête est (1) sémantiquement complexe, (2) chargée à cause de la supposition que le médecin aurait mal exercé son métier, (3) catégorielle car elle ne permet qu'une réponse affirmative ou négative et (4) la charge de la preuve ne repose plus en outre sur la partie demanderesse mais glisse discrètement vers le défendeur: l'expert devient son remplaçant virtuel et doit

en partant de cette position dénoncer si l'action était juste ou non.

Dans des questions complexes comme celles-ci, se cache un certain sophisme ("*the fallacy of complex questions*" of "*the fallacy of many questions*").<sup>33</sup> Certes, l'intimé est poussé vers une situation dans laquelle le résultat indésirable ne pourrait être expliqué que par le mauvais comportement du défendeur. Ainsi la charge de la preuve échappe à la partie demanderesse.<sup>34</sup> Cela montre encore une fois l'inadaptation de l'objectif de la procédure en tant que guide de l'enquête.

L'utilisation de questions complexes est par conséquent déconseillée. Posez une question ouverte en y ajoutant les sous-questions correspondantes formulées séparément et auxquelles on répondra respectivement.

### *Pas de jugement de valeur*

À quel point l'expert se frotte-t-il au juge? On a souvent accordé beaucoup d'intérêt au sujet de l'expert qui, de par sa mission pourrait être tenté de s'asseoir sur la chaise du juge.<sup>35</sup> On peut remédier au problème de l'expert qui semblerait vouloir enfiler la toge du juge en maintenant inexorablement la séparation entre l'objectif et la question. L'expert recherche et expose les faits au moyen de questions analytiques. Ce n'est qu'après cette phase qu'on pourra démontrer que le comportement a été illégitime ou s'il y a eu un lien de causalité. Finalement c'est le juge qui formule la réponse définitive aux questions de droit, c'est l'objectif, et la réponse à la question des experts est donnée par le magistrat grâce aux arguments qui ont précédé.

## 6. Les questions d'abord, les réponses ensuite: des implications méthodologiques

Est-ce qu'en énonçant les bonnes questions, nous serons garantis d'un rapport d'expert adéquat? Il en faut davantage pour obtenir un rapport irréprochable: c'est un processus intégral qui débute lors de l'énoncé de la question jusqu'à l'émission de la réponse. La structure logique de ces questions qui tendent vers un éclaircissement, ne peut certes pas être considérée séparément de la réponse recherchée et de la façon dont on la recherche.<sup>36</sup> Il faudra établir le rapport d'expertise idéal en respectant une voie méthodologique et en suivant les étapes d'un plan où trois phases contenant chacune son problème type se distingueront.

### *La phase de l'énoncé*

Comme on l'a déjà expliqué: posez une question ouverte, de préférence simple et bien sûr claire et précise. Mais est-ce si facile? En ce qui concerne la clarté de la question, les métaphores de l'émetteur (le commanditaire juridique)

27. Mandel 2003, Lombrozo 2010 et Giard 2011.

28. Cité dans Brodsky e.a. 2012, p. 357.

29. Voir Hesslow 1988, Lipton 1991 et Lagnado e.a. 2008.

30. Fitzsimons & Shiv 2001.

31. Brodsky 2012, Moore e.a. 2012.

32. Keil 2006, p. 235 e.v.

33. Walton 1999, Walton 2006 p. 191 e.v. en Tindale 2007, p. 69 e.v.

34. Voir aussi le test de questions critiques de Tindale 2007, p. 71.

35. Akkermans e.a. 2009, p. 89, Dekker & Hartman 2006, p. 6 e.v. en Wagenaar 1988.

36. Koertge 1992, p. 96.

et du récepteur (le spécialiste en sa matière) s'appliquent. Une question posée doit être certainement bien comprise. Le juriste et le spécialiste devront dans tous les cas posséder une partie de la même connaissance s'ils veulent réussir la mission, leur *common ground*.<sup>37</sup> Il a été démontré lors d'examens que l'explication sémantique d'une même question (même si elle semble très simple), peut s'avérer très différente.<sup>38</sup> Des termes clés comme "capable", "avec soin" et "illégitime" ne sont pas seulement définis dans leur contexte mais ils sont aussi utilisés de façons différentes, en ayant ou non connaissance de l'issue en général infortunée! C'est pourquoi il serait souhaitable qu'une description plus précise de la signification de ces mots soit donnée dans un descriptif. De plus, une ou plusieurs prémisses constituent la base de chaque question, et il faudrait s'y attarder explicitement afin d'obtenir une meilleure réponse.

### *La phase de l'examen*

Quelle faute pourrait faire l'expert lors de l'examen pratique? Il existe beaucoup de pièges possibles: le préjugé cognitif, l'utilisation de stratégies de résolution erronées (heuristique) et des fautes d'argumentation.<sup>39</sup> Le plus important est qu'il faut toujours rechercher et juger *a posteriori* (le biais rétrospectif). La faute potentielle se trouve par exemple enracinée dans l'énoncé de la question 1 et 2 paragraphe 2. On y voit d'abord la question sous la forme "n'aurait-il pas mieux valu, vu l'issue infortunée de cette affaire, que le médecin fasse d'abord...?"

Cette phase concerne l'exécution d'un examen empirique ce qui implique une forte attention dans l'exécution des mesures et des observations. Le contexte dans lequel tout se passe, l'information connue, en particulier, ne doit pas influencer l'expert, c'est pourquoi, dans son rapport, il va se prononcer de façon réflexive quant aux possibilités et aux limitations de ses propres méthodes de recherche.

Les données collectées ne sont transformées en connaissance que par un processus d'interprétation. Un cas catastrophique n'existe pas tout seul, il fait partie d'une seule famille d'évènements qui ont déjà été sujets à des examens empiriques. Rechercher et évaluer la connaissance de base ainsi que la mise en place de méthodes et de réponses afin d'y parvenir, font partie intégrante de la recherche faite par l'expert.

### *Rapports et conclusions*

Idéalement, le rapport donne une réponse correcte aux questions posées. C'est ce qu'on a déjà appelé le facteur de réflexion: à quel point cette réponse est-elle exacte? On a constamment besoin de questions de contrôle: "est-ce que cette réponse est pertinente, bonne en termes de contenu, suffisamment soutenue, n'est-elle pas circulaire et cohérente?"<sup>40</sup> Grâce à cela, non seulement le chargé de mission vérifie le résultat de son travail, ce qui constitue

le contrôle de qualité interne, mais le commanditaire, lui aussi, vérifie, ce qu'on peut appeler le contrôle de qualité externe.

## **7. Conclusion**

Un élément important qui joue un rôle lors de chaque intervention juridique, qu'elle soit judiciaire ou non, consiste à ce que l'évènement en question soit jugé aussi effectivement que possible et que tous les acteurs de cette vérité tendent dans cette même direction. L'expert spécialisé qui est impliqué lors de la résolution d'une question juridique doit enquêter et en tirer des conclusions. Cet examen est dirigé par des questions. On pourrait comprendre qu'un expert donne toujours la bonne réponse si on lui pose la bonne question, mais cela présente beaucoup trop simplement une problématique complexe. Dans la littérature juridique néerlandaise, on a déjà accordé beaucoup d'attention au problème de la bonne question, surtout en ce qui concerne le rôle des experts médicaux en droit (des responsabilités).<sup>41</sup> En 2008 est paru *Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage in bestuursrechtelijk en civiel-rechtelijkverband* qui donne des indications aux experts pour résoudre leurs missions.<sup>42</sup> Dans la directive donnée en exemple pour répondre à une question, on trouve: "est-ce que, médicalement parlant, on a agi imprudemment? Si oui, en quoi consiste l'imprudence médicale?" Après avoir lu cet article, il vous sera évident que ceci n'est pas la bonne question de base à poser à un expert car elle exprime bien le but - mais elle n'exprime pas la bonne question de l'enquête; c'est une question évaluative et non pas analytique. Bien au-delà de l'action, c'est le contexte dans lequel elle s'est déroulée qui importe essentiellement. La clé vers l'amélioration des rapports d'expertise se trouve fondamentalement dans cette distinction, entre le moyen et le but. Dans le cadre des procédures existantes où un expert doit exécuter une mission, il est possible mais surtout urgentement nécessaire, de choisir l'approche de la question ouverte décrite ci-dessus. Mais ce n'est pas encore suffisant. L'élaboration de la mission, la phase technique, doit attirer davantage l'attention des juristes. Le rapport ne sort pas d'une *black box* mais demande une élaboration explicite décrite où le cadre méthodologique sert de test *ex ante* et *ex post* à tous les juristes et aux parties concernés. Cela augmente la précision du jugement judiciaire. Si l'adage "il n'y a pas de mauvaises questions" a une raison d'être en soi, ce n'est sûrement pas le cas dans la pratique juridique!

37. Gibbs e.a. 1988.

38. Vinten 1994.

39. Kahneman 2011.

40. Keil 2006, p. 238 e.v.

41. Voir note 5.

42. <http://knmg.artsennet.nl/Publicaties/KNMGpublicatie/Richtlijn-medischspecialistische-rapportage-in-bestuurs-en-civielrechtelijk-verband-2008.htm>.

### Littérature 2005

A.J. Akkermans, 'Verbeterde vraagstelling voor medische expertises', *TVP* 2005-3, p. 69-80.

### Akermans, Hendrix & Van 2009

A.J. Akkermans, L.G.J. Hendrix & A.J. Van, 'De vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken', *TVP* 2009-3, p. 89-99.

### Bernstein 2008

D. Bernstein, 'Expert witnesses, adversarial bias, and the (partial) failure of the Daubert revolution', *Iowa Law Review* 93, 2008, p. 451-489.

### Brodsky, Titcomb & Sams 2012

S. Brodsky, C. Titcomb & D. Sams, 'Hypothetical con-structs, hypothetical questions, and the expert witness', *International Journal of Law and Psychiatry* 35, 2012, p. 354-361.

### Croskerry 2009

P. Croskerry, 'Context is everything or how could I have been that stupid?', *Healthcare Quarterly* vol. 12 *Spec No*, 2009, p. 171-176.

### De Groot 2008

G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

### Dekker & Hartman 2006

B.P. Dekker & M. Hartman, 'Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten', *Letsel & Schade* 2006, p. 610.

### Edens e.a. 2012

J.F. Edens, S.T. Smith, M.S. Magyar, K. Mullen, A. Pitta & J. Petriola, "'Hired guns," "charlatans," and their "voodoo psychobabble": case law references to various forms of perceived bias among mental health expert witnesses', *Psychological Services* 9 (3), 2012, p. 259-271.

### Elder & Paul 2008

L. Elder & R. Paul, *Intellectual standards*, Dillon Beach, California: Foundation for Critical Thinking Press 2008.

### Fitzsimons & Shiv 2001

G. Fitzsimons & B. Shiv, 'Nonconscious and contaminative effects of hypothetical questions on subsequent decision making', *Journal of Consumer Research*, vol. 28, 2001, p. 224-238.

### Giard 2011

R.W.M. Giard, "'Dit had niet hoeven gebeuren". De causale verklaring van ongewenste gebeurtenissen en de betekenis van de contrafeitelijke denkfout voor het CSQN-ver-band', *NTBR* 2011-17, p. 471-478.

### Gibbs, Mueller & Cox 1988

R. Gibbs, R. Mueller & R. Cox, 'Common ground in asking and understanding questions', *Language and Speech* 31 (4), 1988, p. 321-336.

### Goldman 2001

A. Goldman, 'Experts: which ones should you trust?', *Philosophy and Phenomenological Research*, LXIII (1), 2001, p. 85-110.

### Hahn 2011

U. Hahn, 'The Problem of Circularity in Evidence, Argument, and Explanation', *Perspectives on Psychological Science* 6 (2), 2011, p. 172-182.

### Harrah 2002

D. Harrah, 'The logic of questions', in: D.N. Gabbay & F. Guenther (red.), *Handbook of philosophical logic, volume 8*, Dordrecht: Kluwer 2002 (2e druk).

### Hesslow 1988

G. Hesslow, 'The problem of causal selection.pdf', in: D.J. Hilton (red.), *Contemporary Science and Natural Ex-planation. Commonsense Conceptions of Causality*, Har-vester Press 1988, p. 11-33.

### Kahneman 2011

D. Kahneman, *Ons feilbare denken*, Amsterdam: Uitgeverij Business Contact 2011.

### Keil 2006

F.C. Keil, 'Explanation and understanding', *Annual Review of Psychology*, 57, 2006, p. 227-254.

### Keil 2008

F.C. Keil, 'Getting to the Truth', *Brooklyn Law Review*, 73 (3), 2008, p. 1035-1052.

### Krans e.a. (red.) 2011

B. Krans e.a. (red.), *De deskundige in het recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

### Kritzer 2009

H. Kritzer, 'Arts of Persuasion in Science and Law: Con-flicting Norms in the Courtroom', *Law & Contemp. Probs.*, 72, 2009, p. 41-61.

### Lagnado & Channon 2008

D.A. Lagnado & S. Channon, 'Judgments of cause and blame: the effects of intentionality and foreseeability', *Cognition*, 108 (3), 2008, p. 754-70.

### Lipton 1991

P. Lipton, 'Contrastive explanation and causal triangulation', *Philosophy of Science*, 58 (4), 1991, p. 687-697.

### Lipton 2004

P. Lipton, 'What good is an explanation', in: J. Cornwell (red.), *Explanations: Styles of explanation in science*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 1-24.

### Lombrozo 2009

T. Lombrozo, 'Explanation and categorization: how "why?" informs "what?"', *Cognition* 110 (2), 2009, p. 248-253.

### Lombrozo 2010

T. Lombrozo, 'Causal-explanatory pluralism: How inten-tions, functions, and mechanisms influence causal ascriptions', *Cognitive Psychology* 61 (4), 2010, p. 303-332.

**Mandel 2003**

D.R. Mandel, 'Judgment dissociation theory: an analysis of differences in causal, counterfactual, and covariational reasoning', *Journal Of Experimental Psychology. General* 132 (3), 2003, p. 419-434.

**McClimans 2011**

L.M. McClimans, 'The art of asking questions', *International Journal Of Philosophical Studies* 19 (4), 2011, p. 521-538.

**Moore e.a. 2012**

S.G. Moore, D.T. Neal, G.J. Fitzsimons & B. Shiv, 'Wolves in sheep's clothing: How and when hypothetical questions influence behavior', *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 117 (1), 2012, p. 168-178.

**Payne 1951**

S.L. Payne, *The art Of asking questions*, Princeton, NJ: Princeton University Press 1951.

**Rips 2002**

L.J. Rips, 'Circular reasoning', *Cognitive Science* 26, 2002, p. 767-795.

**Steensig & Drew 2008**

J. Steensig & P. Drew, 'Introduction: questioning and affiliation/disaffiliation in interaction', *Discourse Studies* 10 (1), 2008, p. 5-15.

**Stevens & Shojania 2011**

D.P. Stevens & K.G. Shojania, 'Tell me about the context, and more', *BMJ Quality & Safety* 20 (7), 2011, p. 557-559.

**Tindale 2007**

C.W. Tindale, *Fallacies and argument appraisal*, Cambridge: Cambridge University Press 2007.

**Tracy & Robles 2009**

K. Tracy & J. Robles, 'Questions, questioning, and institutional practices: an introduction', *Discourse Studies* 11 (2), 2009, p. 131-152.

**Van 2003**

A.J. Van, 'Vraag het aan de deskundige! Maar hoe?', *TVP* 2003-4, p. 105-110.

**Verschuren 2011a**

P.J.M. Verschuren, *De probleemstelling voor een onderzoek*, Houten: Het Spectrum 2011 (14e druk).

**Verschuren 2011b**

P.J.M. Verschuren, *Praktijkgericht onderzoek*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011.

**Vinten 1994**

G. Vinten, 'The art of asking questions', *Management Decision* 32 (9), 1994, p. 46-49.

**Wagenaar 1988**

W. Wagenaar, 'The Proper Seat', *Law and Human Behavior*, 12 (4), 1988, p. 499-510.

**Walton 1999**

D. Walton, 'The Fallacy of Many Questions: On the Notions of Complexity, Loadedness and Unfair Entrapment in Interrogative Theory', *Argumentation* 13, 1999, p. 379-383.

**Walton 2006**

D. Walton, *Fundamentals Of critical argumentation*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.