

Les Annales de l'Université d'Alger 1

Numéro 31 / Tome I

Juin 2017

Revue semestrielle

Le numéro parait dans deux tomes

Les Annales de l'Université d'Alger 1

Revue semestrielle, chaque numéro paraît dans deux tomes

- Adresse : 02, Rue Didouche Mourad, Alger, Algérie
- Tél : 00 213. 21. 63.77.27
- Courrier électronique : hawliyatalger@yahoo.fr

Les opinions exprimées dans les articles publiés dans la revue
ne reflètent que l'avis de leurs auteurs et engagent
leur responsabilité

Comité scientifique

Faculté de droit - Université d'Alger 1

Ali FILALI: Professeur

Idris BOUKRA: Professeur

Faculté de droit - Université Paris 1

Philippe DELEBECQUE: Professeur

Faculté de droit - Université Montpellier 1

Rémy CABRILLAC: Professeur

Faculté des sciences islamique- Université d'Alger 1

Aziz SELAMI: Professeur

Amar MESSAADI: Professeur

Kamel BOUZIDI: Professeur

Ali AZOUZ: Professeur

Faculté de médecine - Université d'Alger 1

Nacéra BENFENATKI: Professeur

Merzak GHARNAOUT: Professeur

Réda DJIDJIK: Professeur

Farid DERRADJI: Professeur

Faculté des Langues - Université d'Alger 2

Salim BABA AMER: Professeur

Université Russe de l'Amitié des Peuples, Moscou - Fédération de RUSSIE

Victor CHAKLEIN: Professeur.

Comité de lecture

Faculté de droit - Université d'Alger 1

Mohamed Tahar BOUARA: Professeur

Mohamed Tahar OUREHMOUNE: Professeur

Nourredine LEMTAI: Professeur

Faculté des sciences islamique- Université d'Alger 1

Mouhamed El Amine BELGHEITH: Professeur

Nourredine BOUHAMZA: Professeur

Mouhamed YAICHE: Professeur

Akila HOUSEINE: Professeur

Faculté de médecine - Université d'Alger 1

Nourredine ZIDOUNI: Professeur

Mebarek BOUSISSA: Professeur

Dalila SMATI: Professeur

Nadira BENKHERFALLAH: Professeur

Faculté des sciences de l'information et de la communication - Université d'Alger 3

Malika ATOUI: Professeur

Centre d'enseignement intensif des langues - Université d'Alger 1

Houria LAOUEDJ: Professeur.

Objectifs de la revue

Les Annales de l'université d'Alger 1, est une revue scientifique internationale qui paraît deux fois par an sous forme électronique et en papier. Sa mission principale est la publication de la production scientifique et intellectuelle des enseignants et chercheurs; afin d'une part à les inciter à promouvoir la recherche scientifique et les études approfondies et d'autre part leur permettre une contribution mutuelle d'ordre scientifique et intellectuelle. La revue se base particulièrement sur les thèmes ayant des liens avec les sciences juridiques, islamiques, médicales et techniques.

Conditions de Publications

Toute étude présentée à la revue pour publication doit obéir aux dispositions ci-après :

- ✓ Doit être approfondie et se caractérisant par son originalité, d'autre part l'auteur doit être objectif et doit se conformer à la méthodologie scientifique;
- ✓ Ne doit pas provenir des photocopies de cours destinés aux étudiants, ni de partie de thèse de doctorat;
- ✓ Doit être rédigée dans l'une des langues : arabe, française, anglaise ou russe ;
- ✓ Les bas de pages doivent être portés à la fin de l'article;
- ✓ La liste bibliographique utilisée doit comporter toutes les références voulues;
- ✓ L'étude doit comporter au minimum 10 pages et maximum 20;
- ✓ Les études en langues arabe doivent être rédigées sous forme (Word) caractère (**SIMPLIFIEDARABIC**) police N° 16. Le caractère gras est réservé aux titres, quant aux bas de pages, ils seront rédigés en caractère (**SIMPLIFIEDARABIC**) police N° 12 ;
- ✓ Les études en langues étrangères doivent être rédigées sous forme (Word) caractère (Times New Roman) police N° 14, le gras ne sera utilisé que pour les titres, quant aux bas de pages, ils seront rédigés en caractère (Times New Roman) police N° 10 ;
- ✓ Doit apparaître clairement au début de l'article le nom et le prénom de l'auteur, son grade universitaire et l'établissement auquel il est rattaché (Université, Faculté) ;

Les Annales de l'université d'Alger 1

- ✓ L'étude doit être accompagnée d'un résumé dans une langue autre que celle dans laquelle elle doit être publiée,
- ✓ et dans une seule et unique page;

L'expertise des études

Les études qui parviennent à la revue seront automatiquement soumises à vérification avant leur publication :

- ✓ En vue de procéder à la rectification des erreurs et des manquements dans l'article s'ils viennent à exister ;
- ✓ La revue est libre de porter certaines modifications indispensables dans la forme de l'étude présentée à la publication sans pour autant toucher à son fond.

Mesures administratives

- ✓ L'auteur doit signer une déclaration attestant que son article n'a pas été publié dans une quelconque revue ou livre qu'il a précédemment édité;
- ✓ L'administration est tenue de lui remettre une attestation de remise d'article;
- ✓ L'article remis à l'administration ne sera pas rendu à son auteur qu'il soit publié ou non;
- ✓ L'administration remet une promesse de publication à l'issue de l'accord de la commission de lecture;
- ✓ La disposition des articles répond uniquement à des considérations d'ordre dispositions.
- ✓ La revue a les droits d'éditions des articles acceptés, et sa réédition par un autre organisme n'est tolérée qu'après autorisation écrite délivrée par l'administration de la revue.
- ✓ La revue remet à l'auteur 2 exemplaires du numéro de la revue dans lequel paraîtra son article;
- ✓ Les articles présentés à la publication dans les Annales de l'université d'Alger 1 ainsi que toute correspondance relative aux annales sont à transmettre au service des publications de l'Université d'Alger 1 - Benyoucef BENKHEDDA.

Sommaire

Préface 09

Mohammed BENTOUMI

Le droit civil une source d'inspiration pour le droit
administratif 10

Samira LALLOUCHE

L'atténuation de la rigueur du système de la responsabilité
pour faute dans le domaine médicale 23

Préface

L'Université d'Alger 1- Benyoucef BENKHEDDA, est fière de mettre à la disposition de ces chers lecteurs, le numéro 31 tome I de «*La Revue des Annales d'Alger 1* ». La revue est restée depuis sa création en 1986 un espace privilégié destiné aux enseignants et chercheurs de différents pays pour la publication de leurs articles; afin d'approfondir la connaissance, les échanges d'opinion et élargir les discussions scientifiques sur des questions importantes.

Ce numéro comporte des articles et des études dignes d'intérêt sur des thèmes importants, ceux-ci en vue d'atteindre la qualité scientifique qui permettra à la revue de concurrencer dans un monde ouvert.

Bonne lecture
Souhila GUEMMOUDI
Editeur en chef



LE DROIT CIVIL UNE SOURCE D'INSPIRATION POUR LE DROIT ADMINISTRATIF

**Mohammed BENTOUMI: Maitre de Conférences A
Faculté de Droit - Université d'Alger1**

Résumé

Il y a influences réciproques des branches du droit privé sur celles du droit public et inversement du droit public sur le droit privé. La « publicisation » est le reflet de la primauté de l'intérêt général et du bien commun tandis que le mouvement de privatisation résulte de certains besoins économiques. Dans de nombreux secteurs (par exemple, la concurrence et la réglementation), le droit public et le droit privé tendent à se confondre.

De même, qu'il y a circulation des modèles juridiques entre les pays, de même il y a interpénétration des différentes branches du droit et leurs frontières se déplacent ou s'effacent (tel est le cas, particulièrement, dans le droit des affaires).

L'élaboration du droit administratif a besoin du droit civil. L'utilisation du droit civil dans le droit administratif permet de promouvoir les droits des administrés. C'est le cas pour les victimes de dommages causés par l'administration ou lorsqu'il y a enrichissement sans cause de l'administration, par exemples.

Mais, le droit civil est aussi un instrument de protection des prérogatives de la puissance publique. La tutelle administrative sur les collectivités décentralisées est une transposition de la tutelle de droit civil. Les principes du code civil protègent aussi les deniers publics.

Se pose ainsi la question de l'autonomie du droit administratif qui semble se réduire, mais les emprunts des « principes » du droit civil sont faits par volonté délibérée, lorsqu'il y a utilité pour la mise en œuvre des politiques globales. A l'inverse, ces emprunts peuvent être rejetés. Le droit administratif conserve donc sa spécificité, y compris dans une économie de marché.

Mots clefs: Contrats administratifs, contrats de droit civil, droit civil, droit administratif, droit économique, droit des affaires, domaine public, imprévision, principes généraux, prérogatives de puissance publique, privatisation, publicisation, responsabilité civile, responsabilité administrative.

Abstract

There is reciprocal influence of the branches of private law over those of public law and vice versa of public law over private law. "Publicization" is a reflection of the primacy of the general interest and of the common good, while the privatization movement is the result of certain economic needs. In many sectors (eg competition and regulation), public and private law tend to be confused.

In the same way, there is a circulation of legal models between countries, so there is an inter-penetration of different branches of law and their borders move or disappear (this is particularly the case in business law).

The development of administrative law requires civil law. The use of civil law in administrative law makes it possible to promote the rights of citizens. This is the case for victims of damage caused by the administration or where there is unjust enrichment of the administration, for example.

But civil law is also an instrument of protection of the prerogatives of the public power. Administrative supervision over decentralized authorities is a transposition of civil law supervision. The principles of the Civil Code also protect public funds.

This raises the question of the autonomy of administrative law, which seems to be reduced, but the borrowing of civil law "principles" is done deliberately when there is utility for the implementation of global policies. Conversely, these loans may be rejected. Administrative law therefore retains its specific character, including in a market economy.

INTRODUCTION

Tout système juridique a une logique fondamentale qui s'impose dans toutes ses branches spécialisées. Par exemple, le Marché et les rapports marchands à la base de la société exerce une influence aussi bien sur le droit public que sur le droit privé (Cette distinction elle-même reflète pour une part la primauté de la propriété privée et des rapports marchands se conjuguant avec les besoins de l'État et de son administration).

De plus, il y a des influences réciproques des branches du droit privé sur celles du droit public et inversement du droit public sur le droit privé.

Selon l'évolution économique et politique, il y a des mouvements de « publicisation » ou des mouvements de « privatisation » que la doctrine critique selon sa sensibilité.

1. La **publicisation** est présentée comme le reflet de l'augmentation des préoccupations sociales contre l'égoïsme des individus qui favorise au contraire la domination des droits subjectifs. Le droit public, en général, traduirait la primauté de l'intérêt général au détriment des intérêts particuliers.

Pour de nombreux privatistes, en Occident, cette publicisation conduirait à réduire la liberté. La propriété privée, par exemple, subirait un envahissement du droit public.

Le permis de construire, l'interdiction ou l'obligation de pratiquer certaines cultures, etc.

L'effacement de l'usus et du non-usus

L'interdiction ou l'obligation de détruire, le remembrement imposé, l'expropriation plus facile et moins indemnisée = réduirait l'abusus

La réglementation du louage des biens, l'évolution du contrat = réduirait le fructus.

Le droit des contrats est aussi particulièrement révélateur :

L'unilatéralisme du contrat administratif apparaît dans les contrats privés :

Ex : Cour de Cass française admet la détermination unilatérale du prix dans les contrats de longue durée.

Ex : Cour de Cass française admet la résiliation unilatérale et extrajudiciaire en cas de manquement grave.

Même si la Cour de Cass encadre ces prérogatives unilatérales :

Le prix ne doit pas être « abusif »

La résiliation doit être « justifiée »

Pourquoi cette influence du droit public ?

Les besoins économiques et la maximisation des profits :

Pour la bonne marche des entreprises, le « bien commun » du droit administratif rejoint le « besoin d'équilibre financier contractuel ».

Au stade de la formation des contrats :

Le Cour de Cassation :

Contrôle l'équilibre des prestations réciproques

Condamne la « violence économique » (avec l'abus de faiblesse ou l'abus de dépendance économique)

Condamne les clauses abusives limitant la responsabilité

Pour ce qui est du droit algérien, le droit civil a consacré ces principes en :

- Permettant au juge de modifier les clauses léonines (art 110 Code civil).
- Condamnant les clauses abusives (Décret exécutif n° 2006-306 du 10 septembre 2006 fixant les éléments essentiels des contrats conclus entre les agents économiques et les consommateurs et les clauses considérées comme abusives)

Au stade de l'exécution des contrats :

En France, apparemment, les contrats publics et privés se sont éloignés (Le Conseil d'État accepte la révision pour imprévision (s'il y a « bouleversement » de l'économie du contrat) ; La Cour de Cassation la rejette).

Mais, le juge judiciaire se rapproche de la révision pour imprévision (si changement de circonstances liées à une concurrence renforcée = admission de la renégociation des termes de la coopération commerciale).

Par contre le législateur algérien a institué l'imprévision en principe à l'art 107 alinéa 3 du code civil, texte de portée générale.

2. **Le mouvement de privatisation** se manifeste aussi sous pression des besoins économiques :

Dans le droit social. Le droit public gère les assurances sociales, les services publics, les droits sociaux (qui sont constitutionnalisés).

Mais il recule avec le rapprochement du statut des salariés du public notamment pour ce qui est du corps des agents contractuels (*Décret présidentiel n° 2007-308 du 29 septembre 2007 fixant les modalités de recrutement des agents contractuels, leurs droits et obligations, les éléments constitutifs de leur rémunération, les règles relatives à leur gestion ainsi que le régime disciplinaire qui leur est applicable*) et du privé, avec un contentieux principalement judiciaire pour le contrat de travail.

Avec le développement du droit économique :

Avec le droit des biens, par exemple, par besoin de valoriser la gestion des biens publics, on les fait entrer dans l'économie de marché

Exemple : possibilité d'aliéner, faculté de consentir des sûretés réelles, recours au crédit-bail, etc.

En France, le nouveau « Code Général de la propriété des personnes publiques » de 2015 consacre l'idée que le droit de propriété publique est de même nature que celui de droit privé, (La différence ne se manifeste que sur le mode de gestion ou de cession des biens relevant du domaine public ou du domaine privé).

Pour ce qui est du droit algérien, la nature privée se manifeste à travers l'Ordonnance 2008/04 du 01 septembre 2008 modifiée fixant les modalités de concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation des projets d'investissement puis le Décret exécutif 12/427 du 16/12/2012 fixant les conditions et modalités d'administration et de gestion des biens du domaine public et du domaine privé de l'Etat

Dans le domaine de la concurrence et de la réglementation économique, le droit public et privé tendent à se confondre. Bien que la tendance soit, dans le domaine du contentieux, à l'unification au profit du juge judiciaire. Il n'y a pas clarté absolue :

Exemple : l'Autorité de régulation des Télécoms = compétence reconnue par la loi à la Cour d'Appel de Paris, mais la compétence du Conseil d'État demeure si les décisions de sanction n'ont pas été correctement mises en œuvre par une partie !

Une décision du Conseil Constitutionnel (23.1.1987) donne par ailleurs compétence au juge administratif pour les décisions des instances de régulation (le Conseil des Marchés Financiers, la Commission Bancaire, etc. qui ont un pouvoir de police administrative et de police judiciaire) parce qu'elles sont des autorités administratives.

Se pose la question relativement au Conseil de la Concurrence dont les décisions relèvent de la compétence de la chambre commerciale de la Cour d'Alger, sauf que depuis l'ordonnance de 2003, le législateur

distingue entre les décisions relatives au rejet des projets de concentration qui relèvent de la compétence du Conseil d'Etat et les décisions sanctionnant les pratiques restrictives de la concurrence qui demeurent soumises à l'autorité judiciaire.

Le juge administratif fait appel aux « principes généraux » tirés du droit privé :

Exemple : référence au « principe général du droit », fondé sur le Code du Travail, s'applique aux agents des Chambres de Commerce (Conseil d'État. 20 octobre 2002. Chambre de Commerce et d'industrie de Meurthe et Moselle)

Exemple : le juge administratif applique le principe de l'article 1150 du Code Civil pour les pénalités de retard résultant du contrat (Conseil d'État. 29 décembre 2008. Office des HLM de Puteaux).

Ainsi, de même qu'il y a circulation des « modèles » juridiques entre les pays (exemple le droit romain a pénétré toute l'Europe au XII^e siècle parce que son morcellement était un handicap pour les relations entre États), de même qu'il y a des emprunts par chaque système juridique national auprès du droit étranger (« souvenir » colonial, besoin de normes standardisées avec la mondialisation, etc.),

De même dans l'ordre interne, il y a interpénétration des différentes branches du droit.

Les frontières entre branches se déplacent ou s'effacent : le droit économique et le droit des affaires sont des illustrations significatives en raison du mélange des intérêts publics et privés.

Les vieilles distinctions entre droit privé et droit public ne fonctionnent plus (droit public = intérêt général et prérogatives de droit public ; droit privé = égalité des droits dans les rapports patrimoniaux et la famille)

La doctrine civiliste classique (le droit civil est le tronc central du droit et il y a dissociation progressive car « rameaux » spécialisés) ne correspond plus à la réalité. Il y a « publicisation » des rapports privés et « privatisation » du service public !

Le constat actuel : toute branche juridique vit d'emprunts, mais aussi de sa propre créativité.

Cas significatif : les rapports du droit administratif et du droit civil :
Le droit administratif ne s'est pas constitué à partir de rien : le droit civil a été pour le droit administratif ce que le droit romain a été pour le droit civil.

Mais le droit administratif vit aussi de sa propre créativité (la jurisprudence, la doctrine des professeurs et des commissaires du gouvernement, la loi).

Certains mythes doctrinaux sont à écarter, en particulier celui du « jus universum ». Il y aurait des notions communes et supérieures à toutes les disciplines juridiques, un « fond commun de la Civilisation juridique ». Cette position, inspirée de l'école du droit naturel est indémontrable ; elle ne prend en compte ni les différences profondes entre les « aires juridiques » (par exemple, l'aire civilisationnelle chinoise radicalement différente de l'aire européenne) ni l'origine et l'évolution historique propres à chaque branche juridique.

Le « mixage » partiel du droit administratif et du droit civil est le produit d'une histoire en mouvement constant.

Le juge administratif a eu besoin du droit civil pour combler certaines lacunes et éviter un déni de justice. Le droit civil a servi « d'outillage » technique au juge administratif.

Le droit civil utilisé a d'ailleurs été simplifié, dépouillé des jurisprudences trop audacieuses. La transposition est très pragmatique. C'est ainsi qu'il y a emprunt technique dans le domaine des rapports d'obligation en matière administrative, (c'est-à-dire le plus souvent une promesse de payer une somme d'argent entre une personne publique et une personne privée).

Confronté à la résolution de litiges relatifs au paiement d'obligations, le juge administratif cherche un équilibre entre les intérêts de l'administration et du partenaire économique privé. Il se sert alors du droit civil !

Mais la spécificité du droit administratif, c'est qu'il est à la fois protecteur du citoyen et outil de gouvernement. Selon les litiges, il y a déséquilibre soit pour les libertés soit pour l'administration. Les emprunts vont donc servir, sans mettre en cause l'autonomie du droit administratif,

au rééquilibrage, soit au service des administrés soit de l'administration.

1. L'utilisation du droit civil pour promouvoir les droits des administrés.

La jurisprudence administrative en France connaît une évolution progressive favorable aux administrés, mais surtout au droit de propriété privé contre les actes arbitraires de l'administration. L'élargissement du recours pour excès de pouvoir s'est fait par des emprunts au droit civil. Le but de ces emprunts est d'aider au rééquilibrage des rapports administration-individus (comme le font aussi les lois et la doctrine).

a) Amélioration de la situation juridique des victimes de dommages causés par l'administration

Exemple : si l'administration cause un dommage lors de l'utilisation de la règle de transmission aux héritiers du droit à réparation de préjudices personnels.

Le Conseil d'État a emprunté à la Cour de Cassation le principe de l'acceptation de la transmission aux héritiers de l'action en réparation (car le patrimoine est lié à l'idée de transmission). Le Conseil d'État avait longtemps refusé la transmission successorale : pas de dommages-intérêts pour les héritiers qui n'avaient pas directement souffert du préjudice.

Mais à partir des années 2000, le décès de la victime n'exonère pas l'administration de sa responsabilité.

Le droit civil a été le modèle suivi, car les situations humaines sont identiques devant le juge administratif comme devant le juge judiciaire.

C.E 29 mars 2000. Assistance Publique. Hôpitaux de Paris (un patient victime par transfusion sanguine du virus de l'hépatite).

Exemple : l'obligation in solidum.

Le droit civil : si plusieurs individus ont causé un dommage, chacun peut être condamné à réparer le tout (art. 1200 C. civ.), quitte à ce que l'individu qui a payé se retourne contre les autres.

En cas de responsabilité pour dommage de travaux publics, le Conseil d'État a admis très tôt « l'obligation in solidum » de l'État et de ses entrepreneurs.

La jurisprudence est la même pour les dommages subis par des usagers d'un ouvrage public (par exemple pour défaut d'entretien), malgré les réticences de l'administration car le coût est élevé.

L'obligation de réparation du préjudice en cas de responsabilité délictuelle.

Le droit civil répare intégralement le préjudice.

Le droit administratif, pour protéger les finances publiques, peut ne réparer que partiellement.

Le Conseil d'État a fait des emprunts au droit civil pour mieux réparer.

Exemple : à propos de la date d'évaluation des dommages. Le Conseil d'État est passé du jour du dommage au jour du jugement (après la Seconde Guerre mondiale), comme le juge judiciaire.

Exemple : à propos de l'indexation des rentes indemnitaires :

le Conseil d'État s'est aligné sur la jurisprudence judiciaire (depuis 1981).

Ces emprunts seulement partiels visent à protéger les finances publiques.

b) Admission de l'enrichissement sans cause de l'administration

En cas de travaux effectués par une entreprise pour une collectivité publique sans contrat ou en cas de travaux supplémentaires à un contrat :

- Le juge administratif admet le recours de l'entreprise dans ces cas de « quasi-contrat » et condamne la collectivité publique qui ne doit pas s'enrichir aux dépens du particulier.

Le Conseil d'État a suivi la justice civile, à partir des années 1960 :

- Il contrôle s'il y a un réel enrichissement et s'il y a une relation avec l'appauvrissement du particulier.

Mais le juge administratif délimite les domaines où l'enrichissement sans cause peut jouer : dans le cadre d'un contrat de travaux publics, si les travaux non prévus sont exécutés sur ordre écrit de l'administration et s'ils sont indispensables à la bonne réalisation de l'ouvrage.

c) Amélioration de la situation juridique des occupants privatifs du domaine public

Depuis les années 1980, le principe du « domaine public inaliénable » a évolué. C'était un frein à la valorisation économique de ce domaine. La loi française a créé des titres d'occupation privative constitutifs de droits réels inspirés du droit privé.

La loi du 5 janvier 1988 : les collectivités locales peuvent conclure des baux emphytéotiques sur le domaine public.

La loi du 25 juillet 1994 : L'État peut accorder un droit réel sur son domaine public (ce qui permet à l'investisseur privé d'obtenir des contrats de crédit-bail, des hypothèques pour ses créanciers, etc.). Il y a néanmoins nécessité de l'accord du propriétaire public.

En Algérie, la Loi n° 90-30 du 1er décembre 1990 portant loi domaniale, après avoir posé le principe que le domaine public est inaliénable permet son utilisation même privative par les usagers ou par l'intermédiaire d'un service public sous forme de régie ou en concession contre paiement d'une redevance, tout comme elle permet son déclassement et ainsi son intégration au domaine privé de l'Etat avec les conséquences de droit.

Il a été accordé des sociétés occupant le domaine public la permission d'obtenir des suretés.

2. L'utilisation du droit civil, instrument de protection des prérogatives de la puissance publique

Pour le droit administratif, le droit civil est aussi au service de l'administration.

a) Au service de la centralisation administrative : la tutelle administrative

L'État exerce sa tutelle sur les collectivités décentralisées. Cette tutelle est une transposition de la tutelle de droit civil. Elle consolide le statut de l'État et sa suprématie. C'est une limite à la décentralisation.

b) La continuité des Services Publics par le recours aux droits réels

La notion de contrat de fonction publique a pour but de restreindre le droit de grève des fonctionnaires.

En droit privé, sous la III^e République, la grève rompt le contrat de travail, qui est un contrat d'adhésion.

Mais à la fin des années 1930, le droit administratif s'est éloigné du droit privé.

Le juge administratif a remplacé l'idée de contrat par la seule notion de « continuité des Services Publics » notion reprise par le juge administratif algérien.

c) Le droit civil au service de l'administration créancière

Le régime privé de la garantie décennale joue pour l'ouvrage public : l'entreprise est responsable dans tout contrat avec l'administration, maître d'ouvrage.

S'ajoute la garantie biennale pour les désordres sur les petits ouvrages.

Si l'entreprise privée est coupable de dol ou de fraude, il y a prescription quinquennale du Code civil.

Il y a responsabilité solidaire de l'architecte et des entreprises.

Plus généralement, le droit civil protège les deniers publics.

Le Code civil prévoit la compensation. Si deux personnes sont débitrices l'une de l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes : mode de paiement simplifié.

Le droit administratif importe partiellement cette compensation :

Elle fonctionne pour l'administration ; le débiteur public est privilégié.

Mais elle ne fonctionne pas pour le privé.

La compensation ne peut pas être imposée à l'administration, car il s'agirait d'une exécution forcée. Or, il y a insaisissabilité des biens et deniers publics.

3. La position de la jurisprudence algérienne

La jurisprudence algérienne n'a aucune position tranchée.

- La Chambre Administrative de la Cour Suprême ancêtre du Conseil d'Etat avait repris la jurisprudence Blanco en estimant que la responsabilité de l'administration est une responsabilité soumise à des règles propres et que les dispositions du code civil lui sont inapplicables.

Dans une seconde étape la même chambre opère un revirement et motive ses décisions essentiellement sur les art. 124 et suivants du code civil « privatisant ainsi la responsabilité » de l'administration.

- Le Conseil d'Etat créé en 1998 (loi organique 98-01 du 30/05/1998) dans l'une des premières affaires qui lui ont été soumises reprend à son compte la jurisprudence ancienne de la chambre administrative de la Cour Suprême en estimant que la

responsabilité de l'administration n'est ni générale et qu'elle a ses règles propres.

Dans d'autres espèces, le Conseil d'Etat a tranché en faveur de l'application des règles du code civil.

CONCLUSION

L'utilisation du droit civil réduit-elle ou renforce-t-elle l'autonomie du droit administratif ?

a) Certaines utilisations semblent réduire cette autonomie

La responsabilité de la collectivité publique du fait de ses agents obéit aux mêmes règles que la responsabilité du fait d'autrui (art. 134 du C. civil).

Mais cette responsabilité administrative vise à protéger l'agent non la victime (sauf faute personnelle de l'agent détachable du service).

La responsabilité pour risque, pour faute de service n'a rien à voir avec l'art. 134.

La responsabilité du fait des choses (par exemple pour réparer les dommages de travaux publics) n'est pas la même qu'en droit privé.

Le Code civil fonde la responsabilité sur la garde de la chose ; L'administration sur la chose elle-même (plus ou moins dangereuse).

L'abus de droit fonderait le détournement de pouvoir. Non. Le juge administratif sanctionne tout autant l'abus de droit de l'administration que celui des administrés. Il n'y a pas transposition.

Les contrats administratifs :

Il y a une certaine concordance entre le droit civil et le droit administratif.

Mais le contrat administratif est celui qui est conclu en vue de l'exécution d'un Service Public. Il est par sa nature même exorbitant du droit commun.

Les relations entre particuliers (droit civil) et les relations

administration-particuliers (droit administratif) sont de nature différente.

Le contrat administratif est né en liaison avec la détermination de la compétence du juge. Donc pas d'identité entre les deux types de contrats.

C'est la doctrine civiliste qui recherche des similitudes pour démontrer l'infériorité du droit administratif sur le droit civil.

b) En réalité, les emprunts renforcent l'autonomie

Lorsqu'il y a emprunt, c'est par volonté délibérée. Le juge administratif aurait pu faire autrement.

Le juge administratif fait appel au droit civil lorsqu'il y a utilité, dans un but précis.

L'Histoire démontre qu'il n'y a pas un fonds commun à toutes les branches juridiques.

Le contrat de droit privé, par exemple, est un outil du libéralisme économique (né au XVIII^e siècle contre le corporatisme).

Le contrat de droit public vise à ne pas laisser l'individu fixer sa loi, mais vise l'intérêt général. C'est une modalité de l'action administrative.

Le droit administratif a pour spécificité de permettre la mise en œuvre des politiques gouvernementales, avec son propre appareil de contrôle juridictionnel.

En plus, des emprunts discrétionnaires au droit civil, le droit administratif français a le pouvoir de créer ses propres règles.

De plus, les emprunts au droit civil peuvent être rejetés après avoir été utilisés par le juge administratif ; son utilité est la seule raison d'être de l'emprunt.

Le visa du Code Civil est parfois utilisé par le juge, mais il n'est pas la garantie d'une utilisation rigoureuse. La créativité du juge administratif joue.

Le juge administratif tend à abandonner ce visa du Code Civil pour utiliser la formule de « principe »

(Exemple : le Conseil d'État pour fonder la résiliation unilatérale de l'administration dans les marchés de travaux publics n'invoque plus l'article 1794 du Code Civil, mais parle d'un « principe ».



L'ATTENUATION DE LA RIGUEUR DU SYSTEME DE LA RESPONSABILITE POUR FAUTE DANS LE DOMAINE MEDICALE

Samira LALLOUCHE: Maitre de conférences B
Faculté de droit - Boumerdès

Résumé

La responsabilité médicale des médecins de santé se fonde sur la faute, la victime d'un accident médical doit prouver qu'une faute est à l'origine de son dommage et déposer une plainte contre l'auteur de la faute pour obtenir réparation

Exiger la faute en toute circonstance pour faire jouer le mécanisme de la responsabilité qui ouvre droit à la réparation ne répondait plus au bon sens en raison du développement de l'activité humaine en général, La responsabilité personnelle fondée sur la faute est cependant, peu satisfaisante, tant pour les victimes que pour les médecins.

Ainsi le malaise du système de la responsabilité pour faute constitue un facteur déterminant d'évolution vers un nouveau système qui placerait les rapports entre les victimes de l'activité médicale et les médecins qui pratiquent cette activité sur le terrain du risque thérapeutique.

La majorité de la doctrine est favorable au système de séparation de l'indemnisation et de la responsabilité.

Mots clefs Responsabilité médical – La faute médical – Le dommage – Le médecin.

Abstract

The medical liability of doctors of health based on the mistake, the medical accident victim must prove that the mistake is the source causing the damage and lodge a complaint against the person who made the mistake in order to obtain the repair.

To require the mistake in any event to play the mechanism of responsibility and this gives the right to the repair that does not provide in a good sense the development of the human activity in general. The personal responsibility based on the mistake is however bit satisfying for the victims as long as for doctors.

Thus, the system of feeling of faintness of responsibility for a mistake constitutes a determining factor of evolution towards a new system which puts the reports between the victims of the medical activity and the doctors who practice this activity on the ground of therapeutic risk.

The majority of doctrines are favourable in a system of separation of compensation and responsibility.

Key words: The medical liability – Mistake medical – Repair – Doctors.

Introduction

La responsabilité, qu'elle soit délictuelle ou contractuelle, suppose la réunion de trois conditions : une faute ou un manquement à une obligation contractuelle- qui peut être qualifiée d'obligation de moyens ou de résultats-, un préjudice et un lien de causalité entre les deux premiers éléments. Si une seule de ces conditions fait défaut la responsabilité ne peut être engagée.

L'ouverture de l'action en responsabilité contre le médecin est subordonnée à la preuve d'une faute ayant été à l'origine du dommage subi.

La faute médicale est un manquement à une obligation préexistante. Le terme lui-même vient du verbe latin «fallere»¹ manquer. La faute se caractérise par l'action de faillir de manquer, c'est une notion qu'il n'est pas possible de définir avec précision. On peut tout au plus proposer une définition théorique, en disant que c'est l'anomalie de conduite que n'aurait pas présentée le professionnel normalement diligent et compétent dans les mêmes circonstances que l'agent du dommage.² La faute résulte du défaut de conformité à une règle de « la violation d'obligation », légale ou conventionnellement, elle exprime aussi le manquement à une règle morale ou de droit.³

Le contenu de la faute médicale a évolué. Mais l'on retient toujours la définition de la faute médicale consacrée par l'arrêt Mercier du 20 mai 1936 « Aussi le médecin commet-il une faute dès lors qu'il ne respecte pas son obligation de donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ». ⁴

Le système de la responsabilité personnelle pour faute ne favorise pas le corps médical. En effet ce système a fonctionné à l'époque où le dommage était toujours la conséquence certaine d'une faute, et où les éléments constitutifs de la responsabilité étaient faciles à établir. Mais avec la technicité croissante de l'action chirurgicale et la complexité de la structure de son exercice, les victimes ont de plus de difficultés à satisfaire aux exigences de la responsabilité personnelle fondée sur la faute.

Le caractère vague de la notion de faute suscite la confusion avec des notions voisines. La faute se distingue de l'erreur, de l'accident, de l'aléa comme du risque thérapeutique. La distinction demeure délicate.

L'erreur se distingue de la faute « errare humanum ». ⁵ En principe, l'erreur de diagnostic ou de traitement n'engage pas la responsabilité du médecin.⁶ Mais l'erreur est identifiée souvent à la faute. Or les deux notions donnent lieu à des confusions. Il convient néanmoins de distinguer l'erreur de la faute. La première résulte de faillibilité de tout homme, la seconde se caractérise par le manque de diligence. Seul, le

contexte de l'exécution de l'acte médical permet de renseigner sur le manquement de praticien les assimiler revient à refuser le droit à l'erreur au praticien.⁷

Par ailleurs l'accident se caractérise par un événement fortuit imprévisible.⁸ Il se perçoit aussi comme un pur hasard, sur lequel l'homme n'a aucune prise.

En droit médical, l'accident thérapeutique survient en absence de faute ou d'erreur imputable au praticien.⁹ Par exemple l'allergie à un produit permet de retenir l'accident. La faute et l'accident thérapeutique s'opposent. La première admet la responsabilité, le second la nie. L'emploi indifférent des notions rend compte de la volonté d'indemniser les victimes et de condamner ou d'exonérer de leur responsabilité.

En outre en droit la faute s'oppose au risque, tous deux constituent deux fondements distincts de la responsabilité. Le risque menace ou compromet la sécurité. Mais il se caractérise par sa prévisibilité à la différence de l'aléa, totalement imprévisible.

Mais la chirurgie relie la faute au risque. Car le risque existe en permanence dans les activités. L'atteinte à l'intégrité corporelle, la possibilité de complications graves ou mortelles. Les décisions prises en fonction de risques préexistants font de l'intervention chirurgicale une activité dangereuse pour le patient. Aussi certains risques demeurent inconnus : transmission de certaines maladies, risque lié à l'alimentation au mode de vie ou encore facteurs de risques génétiques. Ainsi, le chirurgien conçoit la faute comme le défaut de prévention vis à vis du risque.¹⁰

La faute se distingue encore de l'aléa. L'arrêt Mercier tient compte de l'aléa de l'acte médical. La guérison s'avère incertaine même si le chirurgien ne commet aucune faute. Mais le malade réclame toujours le droit à la guérison, alors le médecin propose d'employer des techniques sophistiquées mais risquées l'aléa s'identifie donc à la faute. Mais, l'imprévisibilité de l'aléa doit permettre d'écarter la responsabilité.

Dans bien des cas, l'indemnisation de la victime est inaccessible en raison des difficultés de la preuve. La victime ne peut établir les éléments constitutifs de la responsabilité à l'encontre d'un membre, désigné individuellement, de l'équipe chirurgicale. Cela est dû au facteur de secret qui entoure l'action médicale, ce sont les médecins et l'établissement hospitalier qui détiennent, l'essentiel des informations et des documents qui se rapportent à l'activité déployée à un malade déterminé et qui dispose du compte rendu opération. Le malade n'a la plupart du temps on sa possession que les éléments mineurs comme l'ordonnance a prescrivant une médication pré ou post-opération, des radiographies ou résultats d'analyses.

Ces difficultés de preuve sont d'autant plus importantes que la pratique chirurgicale est devenue une pratique collective, entraînant le malade dans un circuit thérapeutique complexe, faisant intervenir de multiples intervenants. La preuve d'une faute individuelle est de ce fait parfois difficile à retrouver.

Le fait que de nombreux dommages puissent survenir en l'absence de toute faute rend compte inévitablement de l'insuffisance de la faute pour leur indemnisation. (Section 1)

Il semble donc indispensable que d'autres mécanismes de réparation interviennent, qui ne soient pas fondés exclusivement sur la responsabilité pour faute. (Section 2).

Section 1: L'insuffisance de la faute comme seul facteur de réparation du dommage corporel

La notion de faute est imprécise sur le plan conceptuel, les définitions très générales avancées par le droit commun ne peuvent, pour des raisons liées à la complexité du dommage, s'appliquer à la pratique professionnelle dont la particularité réside dans une atteinte constante à l'intégrité de la personne et dans une grande complexité.

La notion de faute doit revêtir un caractère technique ; l'insuffisance de normes en matière de soins médicaux ou chirurgicaux rend sa définition plus incertaine et sujette à interprétations. Le terme ancien « soins conformes aux données actuelles de la science » est de ce fait trop vague pour servir de définition à la faute médicale actuelle. La

notion de faute ne peut aujourd'hui expliquer la survenance de certains dommages subis à l'occasion des opérations chirurgicales.

§ 1 : L'élargissement du domaine de la responsabilité

Pour atténuer la rigueur du système de la responsabilité pour faute la jurisprudence a eu recours à certains procédés juridiques qui ont permis d'élargir le domaine de la responsabilité médicale. Ces procédés tendent à alléger, au profit de la victime la charge de la preuve de la faute et du lien de causalité.

*Pour la charge de la preuve de la faute deux procédés sont utilisés en ce domaine : celui de la faute virtuelle et celui de l'obligation de résultat.

Un médecin de l'équipe chirurgicale commet une faute quand il ne prend pas les précautions indispensables pour éviter le dommage. Ces précautions doivent être indiquées concrètement en fonction des circonstances de l'espèce, pour retenir la faute du médecin ou du chirurgien. On devra indiquer avec précision la ou les précautions qu'il n'a pas respectées.¹¹

Par contre certaines décisions affirment que le dommage aurait pu ne pas se produire si des précautions, sans préciser les quelles, avaient été prises. Ces décisions recourent à la faute virtuelle, et retiennent la culpabilité du médecin en se fondant sur le résultat de son activité.¹²

La faute virtuelle est également à la base du raisonnement de la jurisprudence abondante qui affirme que l'oubli d'un corps étranger dans l'abdomen du malade constitue, en toute hypothèse, une faute qui engage la responsabilité du chirurgien.¹³ En effet, cette jurisprudence ne tient compte que de mauvais résultat, et présume que celui-ci n'a pu survenir qu'en raison de l'absence de certaines précautions, sur les quelles elle ne s'explique guère.

Ainsi la faute virtuelle constitue un premier procédé permettant d'alléger la charge de la preuve incombant à la victime. Celle-ci se voit, grâce à ce procédé, dispensée de rapporter la preuve directe et positive d'un fait précis constitutif d'une négligence ou d'une imprudence commise par le médecin.¹⁴

Cependant une dernière dérive est observée, allant véritablement jusqu'à l'obligation de résultat : l'obligation de sécurité- résultat. La

nature du contrat qui se forme entre un médecin et son client met à la charge du praticien une obligation de moyen, mais cette obligation applicable en cas d'échec de l'acte de soins, compte tenu notamment de l'état du malade, et de l'aléa inhérent à toute thérapie, n'est pas exclusive d'une obligation accessoire, qui est la suite nécessaire, destinée à assurer la sécurité du patient.

Ainsi le chirurgien a une obligation de sécurité qui l'oblige à réparer le dommage causé au patient par un acte médical nécessaire au traitement même en l'absence de faute, lorsque le dommage est sans rapport avec l'état antérieure du patient, ni avec l'évolution prévisible de cet état. L'obligation de sécurité doit être de fournir tous les moyens permettant de réduire le risque.

La clinique par exemple a une obligation de résultat de fournir pour l'exécution des soins un matériel en bon état, et des produits sans vice. Ainsi le non fourniture des moyens doit être condamné pour elle-même, qu'il y ait en préjudice ou non : l'obligation de fournir les moyens, est une obligation de résultat, le résultat ne s'appréciant pas par rapport au résultat du traitement du malade, mais sur la capacité de la structure à organiser les soins.

Ainsi on peut constater que pour permettre à la victime d'obtenir une réparation du dommage qu'elle a subie, les tribunaux éludent parfois l'exigence de la faute, en la déduisant du dommage. Ils tentent même dans certains cas de supprimer totalement cette exigence, en introduisant dans la pratique chirurgicale l'idée de l'obligation de sécurité résultat.

*Mais la volonté d'accorder une indemnisation à la victime a également amené les magistrats à essayer d'alléger la charge de la preuve du lien de causalité.

Il appartient à la victime de prouver l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage dont il demande réparation. Seul le dommage causé par le comportement fautif du médecin peut être indemnisé sur la base des règles actuelles de la responsabilité civile.

Lorsque plusieurs personnes participent à la survenue du dommage, il est parfois impossible de démêler l'écheveau des causalités : parfois même aucun individu n'est-il véritablement responsable de façon isolée ;

seule l'organisation des actes a été défectueuse, mais sans que personne ne puisse être incriminé en particulier.

Dans la pratique médicale, le caractère particulièrement fuyant des éléments de preuve constitue un handicap sérieux pour les malades qui tentent à obtenir réparation de leur dommage. Les tribunaux ont décidé pour ne pas refuser toute indemnisation, ils font abstraction du dommage concret (le décès ou l'aggravation de l'état du malade) dont le lien de causalité avec la faute n'est pas certain, et lui substitue un diminutif abstrait (la perte d'une chance de guérir) qui paraît a priori relié à n'importe quelle faute médicale. La chance perdue par la faute du médecin n'a aucune existence propre, elle porte directement sur la réussite de l'acte médical dont l'exécution a été confiée au praticien.

Aussi, en matière de dommage corporel, la perte de chances de guérison ou de survie constitue un préjudice autonome, totalement distinct du préjudice final, représente par le décès ou l'invalidité.

Ainsi, il y a un déplacement du préjudice, qui n'est pas le dommage corporel certain subi par le patient, mais un préjudice secondaire, construit de toutes pièces, et reposant sur des hypothèses. Non seulement il y a manipulation de la notion de préjudice, mais il y a aussi manipulation du lien causal, puisque ce dernier relie la faute au préjudice certain.

La notion de perte de chances a été utilisée dans de nombreux cas, passant de la perte de chance d'éviter la mort, à celle de la perte de chance d'éviter une infection, puis à la perte de chance d'éviter une complication et désormais à la perte de chance d'éviter un risque, introduisant progressivement l'idée d'une obligation de résultat. La notion de perte de chances a été utilisée dans le défaut d'information sur la réalité des risques en cours par un patient, celui-ci, mal informé étant supposé perdre une chance d'échapper à l'intervention et de ce fait à la réalisation des risques de celle-ci.

La doctrine a souvent contesté ce mode de raisonnement. Cela permet au magistrat soucieux d'indemniser à tout prix un patient de qualifier de perte de chance de guérison, ou de perte de chance d'éviter

telle ou telle affection tous résultats non-conformes, sans qu'un lien de causalité entre une faute du médecin et le préjudice final ne puisse être établi de façon formelle.

Ainsi d'une manière générale les tribunaux ont de plus en plus recours à certaines techniques juridiques dont la mise en œuvre, en permettant d'indemniser la victime élargit les hypothèses dans lesquelles la responsabilité des médecins est engagée. Il faut cependant admettre que cet élargissement du domaine de la responsabilité médicale n'est pas sans inconvénient.

§2 : Les conséquences de l'élargissement du domaine de la responsabilité

Le but du tribunal n'est pas de punir le médecin, mais de réparer le dommage subi par la victime. Entre le médecin qui a commis une simple erreur ou une faute sans lien de causalité avec le dommage, et le patient qui subit ce dommage, la balance de la justice devrait pencher en faveur du second. Mais dans ce cas les magistrats oublient qu'une condamnation civile aura des conséquences fâcheuses vis-à-vis du médecin, même assuré. Ces conséquences sont d'ordre pécuniaire, s'il n'est pas convenablement assuré ou le montant du préjudice dépasse celui de la garantie, et d'ordre moral en cas de mise en jeu de sa responsabilité car l'assureur ne peut pas remplacer l'assuré dans l'instance en responsabilité.

Ainsi la compétence du praticien, son honneur professionnel et parfois son avenir professionnel qui se trouvent remis en cause.

Cependant l'élargissement du domaine de la responsabilité médicale risque de porter atteinte à l'efficacité de l'action thérapeutique et donc de nuire aux malades eux-mêmes. Il est donc à craindre que les médecins s'interdisent de prendre le risque quand cela est nécessaire.

Ainsi on peut constater que, dans la pratique chirurgicale, la responsabilité personnelle fondée sur la faute est à la fois un outil inefficace pour la protection des victimes, et une source de menace et de trouble pour les praticiens. Le véritable remède à ces lacunes réside dans la recherche d'autres mécanismes de réparations.

Section 2 : Les mécanismes de réparation du dommage

Le système actuel de responsabilité médicale et la notion de faute dans ce domaine, ne sont plus adaptés au problème du dommage occasionné par l'activité médicale. A cet égard il faut séparer la notion de faute de la question de l'indemnisation et de dédommager automatiquement les victimes qui ont subi des dommages anormaux, sans déclarer le médecin responsable.

C'est la mise en œuvre d'un système qui sépare le problème de l'indemnisation de celui de la recherche d'une responsabilité individuelle.

§ 1 : Le dialectique entre la faute et le risque

La médecine est un ensemble de technique, ce n'est pas une science exacte. Ainsi le risque en médecine et plus encore en chirurgie est par conséquent omniprésent, beaucoup plus que ne le supposent certainement les profanes. De ce fait la notion de risque appliqué par le droit à la médecine méconnaît-elle la relation complexe qui l'unit à la faute, au lieu de l'opposer.

*Tous les chirurgiens ont des complications issues de leur pratique. Quelle que soient les compétences et les précautions prises, il y a toujours un risque irréductible dans le domaine des soins chirurgicaux liés à la nature de l'être humain, et à la particularité du phénomène biologique.

Aucun traitement ne donne de façon absolument certains de bons résultats, il existe toujours une marge d'incertitude, un risque d'échec, un effet secondaire. Les procédés thérapeutiques actuels sont éprouvés scientifiques mais on ne sait toujours pas pourquoi n'ont pas un effet constant sur des individus différents.

Le législateur Français a consacré le principe d'indemnisation de l'aléa thérapeutique au titre de la solidarité nationale en application de l'article L.1142,I, II du code de la santé publique¹⁵ en raison de la dimension collective des dommages qui dépassent l'approche individualiste de la jurisprudence. En d'autres termes, l'intervention du législateur est justifiée par le souci de répondre à des attentes sociales par une solution légale.

Ainsi l'article L 1141- 1, II du code de la santé publique vise trois types de dommages qui paraissent relever de cette notion et qui

bénéficient de la solidarité nationale. Les accidents médicaux, les affections iatrogènes et les infections nosocomiales.

L'affection iatrogène est généralement considérée comme celle induite par le traitement, par le processus de soins, tels les effets secondaires développés à la suite de la prise de médicaments. Elle se distingue de l'infection nosocomiale qui apparaît à la suite d'une hospitalisation alors qu'elle était absente au moment de l'admission. Quant à l'accident médical, il peut être défini comme l'évènement imprévu causant un dommage accidentel ayant un lien de causalité avec un acte médical, mais dont la réalisation est indépendante de toute faute établie.¹⁶

A la différence du législateur français, le juge algérien n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la responsabilité en matière d'aléa thérapeutique en raison des faibles moyens de diagnostic et de recherche dont disposent les services hospitaliers. Seul l'article 18 du décret exécutif n° 92-276 du 6 juillet 1992 portant code de déontologie médicale interdit au médecin l'emploi d'une thérapeutique nouvelle si elle ne présente pas pour le malade un intérêt direct.

Ainsi, il est regrettable que le législateur algérien n'ait pas saisi l'occasion du projet de loi relative à la santé pour consacrer cette responsabilité sans faute en cas d'aléa thérapeutique. Nous pensons que cette absence de règle juridique ne doit pas empêcher le législateur d'intervenir si le problème d'indemnisation vient à se poser, en se basant sur la règle générale de l'article 140 ter du code civil algérien qui dispose que : « A défaut de responsable des dommages corporels et si la victime n'en n'est pas la cause, l'Etat prend en charge la réparation de ces dommages ».

En effet, il est de pratique constante que le législateur algérien ne recoure à la solidarité nationale pour couvrir l'indemnisation des dommages que si leur dimension dépasse le cadre des solutions individuelles, tel est le cas lorsqu'il s'agit de dommages causés par des véhicules automobiles, des calamités agricoles ou d'actes terroristes.¹⁷ Aussi, la puissance publique assume la charge de ces dommages alors même que sa responsabilité n'est pas directement mise en cause.¹⁸ Il

n'appartient pas à la victime d'apporter la preuve. Il lui suffit de justifier de la matérialité du préjudice. Il suffit que le dommage trouve sa source dans un fait dommageable fixé par la loi pour que le droit à indemniser s'applique. D'ailleurs le fonds d'indemnisation intervient à titre principal sans que la victime ne soit obligée de démontrer préalablement l'existence d'un tiers responsable.¹⁹

* Par ailleurs, dans les domaines qui sont marqués par l'aléa on a tenté de substituer le risque à la faute, en tant que facteur de responsabilité.

Le terme de risque est apparu à la fin du Moyen Age, qui fut marqué par l'extension des explorations et du trafic maritimes. La notion de risque désigne alors l'éventualité d'un danger objectif d'origine réelle imputable à une faute. Le risque et la faute semblent autonomes. La doctrine s'est efforcée de substituer à la faute des conditions objectives de responsabilité. Comme l'objectivation de la faute, la théorie du risque, la théorie de la garantie. Dans cette théorie, il est admis que celui qui crée un risque doit en supporter les conséquences, en raison du profit qu'il tire de son action. Dans cette optique, le mécanisme générateur du dommage n'est pas la faute, mais le risque, et entraîne l'obligation de réparation.

La doctrine a voulu voir dans le risque le fondement d'une nouvelle responsabilité dans le domaine médical. Mais le terme « risque » n'est pas très claire, certains voient dans le risque le contraire de la faute. Le risque ne présente que l'aléa, c'est-à-dire la survenue d'un événement extérieur, incontrôlable et imprévu, plus ou moins lié au hasard. Le risque médical doit être actuellement défini comme la probabilité de survenue d'une complication à la suite d'une prise en charge thérapeutique en l'absence de toute faute.

Alors la relation qui lie le risque chirurgical et la faute chirurgicale est donc particulièrement complexe. La responsabilité fondée sur la faute, se révèle insuffisante dans la réparation du dommage chirurgical accidentel. Ainsi la responsabilité pour risque devient synonyme de la responsabilité sans faute. Elle conduit à la reconnaissance d'une obligation de sécurité, et par conséquent à l'obligation de résultat.

Ainsi, retenir uniquement la faute pour engager la responsabilité serait une solution inadaptée au contexte médical actuel qui de plus en

plus sollicité et utilisant des moyens technologiques avancés dans le diagnostic et le traitement. Le maintien d'une telle position priverait les victimes d'accidents médicaux de toute indemnisation.

Cependant, Nous pensons qu'il faut veiller à assurer l'indemnisation des victimes d'actes médicaux sans que cette réparation ne passe forcément par une condamnation civile du médecin et suggèrent de séparer la notion de réparation de celle de faute.

§2 Le système de séparation de l'indemnisation et de la responsabilité personnelle

Le système de l'indemnisation de la victime sans mise en cause de la responsabilité individuelle du médecin, est une idée ancienne. Certains auteurs ont proposé d'imposer au malade qui doit subir une opération chirurgicale de prendre une assurance contre le risque opératoire. On reconnaît dans ces propositions le mécanisme d'assurance personnelle des dommages. Une fois le patient indemnisé, il n'aurait pas besoin de se retourner contre le médecin c'est l'assureur du malade contre le praticien et son assureur.

Certains auteurs proposent aux médecins de souscrire une assurance qui couvrirait tous les résultats anormaux des traitements et des interventions chirurgicale.²⁰ D'autres estiment qu'il faut créer un fonds commun d'indemnisation.²¹ Et l'indemnisation des dommages serait effectuée par ce fonds d'indemnisation ou de garantie qui serait financé par une cotisation obligatoire mise à la charge des médecins.

Aussi dans ce système l'indemnisation sera acquise par la victime indépendamment de toute mise en cause de la responsabilité individuelle de l'auteur du dommage.

De ce fait la responsabilité personnelle sera relayée par le mécanisme collectif de réparation. Mais la disparition de la responsabilité individuelle ne signifie pas qu'elle sera vouée à la suppression, elle reste irremplaçable dans sa fonction de répression et de prévention des fautes dommageable.²²

Ainsi la sanction et la prévention des comportements fautifs constituent un premier domaine dans lequel la responsabilité personnelle sera maintenue.

Cependant, la prévention des comportements fautifs demeure entièrement sous l'empire de la responsabilité individuelle, qui se traduit dans la pratique chirurgicale par une responsabilité personnelle. Mais l'efficacité de la prévention suppose également que la charge de l'indemnisation soit supportée personnellement et définitivement par l'auteur d'une faute.²³ La doctrine en déduit la nécessité d'interdire l'assurance d'une telle faute. Si elle était autorisée. L'assurance risquera d'anéantir le rôle préventif de la responsabilité car elle permettrait à l'auteur de la faute d'éviter les conséquences pécuniaires de sa responsabilité en les rejetant sur une autre collectivité. Il doit être de même de l'interdiction de toute prise en charge des conséquences de la faute par un médecin autre que celui qui l'a commise.

La majorité de la doctrine est favorable au système de séparation de l'indemnisation et de la responsabilité, mais les controverses subsistent concernant les rapports entre ce système et celui de la responsabilité pour faute. La plupart des auteurs estiment que dans la phase indemnitaire, seule les mécanismes collectifs de réparation seront appelés à intervenir. L'auteur du dommage ne fera pas partie dans l'action en indemnisation qui se déroulera uniquement entre la victime et l'organisme garant. La responsabilité de l'auteur du dommage interviendra ultérieurement afin de sanctionner et de prévenir les comportements manifestement fautifs.

Pour certains auteurs la responsabilité pour faute serait maintenue à titre de principe. Quant à l'intervention des victimes dont le dommage ne pourrait pas être imputé à une faute du médecin, elle serait prise en charge par un fonds d'indemnisation.²⁴

Ainsi pour les auteurs qui envisagent une séparation totale du problème de l'indemnisation par rapport à celui de la responsabilité, tout dommage susceptible de réparation en argent doit être indemnisé. Il y'aurait ainsi une indemnisation intégrale. En revanche, les auteurs qui craignent un accroissement du goût du système, optent pour une réparation incomplète du préjudice subi.²⁵

Conclusion

La responsabilité personnelle fondée sur la faute est cependant, peu satisfaisante, tant pour les victimes que pour les médecins. Il serait souhaitable que l'indemnisation soit détachée de la faute ; de concevoir le risque de manière large en le considérant comme tout dommage résultant de l'activité médicale.

A l'avenir, on sera inévitablement amené à envisager la réparation des dommages résultant de l'activité médicale sur le terrain du risque collectif, dans le cadre d'un système de séparation de l'indemnisation et de la responsabilité individuelle. Les bases d'un tel système ne pourraient pas exposer sur le concept de responsabilité sans faute mais sur celui de réparation sans responsabilité. C'est un système qui s'écarte de la responsabilité sanction pour privilégier celui de la réparation en répartissant les charges financières d'indemnisation sur les membres de la collectivité. Cette dernière est tenue de réparer un dommage avec lequel elle n'a aucune espèce de lien. C'est le cas lorsque l'état indemnise les conséquences d'une sécheresse qu'il n'a pas provoqué. Il s'agit d'un système de garantie sociale qui repose sur l'idée de solidarité et sur le principe d'égalité. Ainsi donc, la logique contentieuse s'écarte pour instaurer une logique assurantielle.

Ce phénomène de socialisation des risques provient d'une pénétration de l'idée de solidarité nationale dans la responsabilité. Cette logique assurantielle se caractérise par un système de réparation forfaitaire ou plafonnée qui laisse à la charge de la victime une part des dommages. Il est vrai que cette solidarité est un mécanisme qui permet d'indemniser des catégories de victimes et non pas l'individu- victime. Mais cette solidarité ne peut être décidée par le juge. Il appartient au législateur de l'instituer à travers les fonds d'indemnisation. Ces fonds permettent d'éviter l'éclatement des responsabilités dans la mesure où ils mettent la charge du dommage sur un groupe. Par ce fait, le fonds ne désigne pas le responsable du dommage mais règle la contribution d'un groupe chargé de financer un risque.

Références

- 1 - Définition du petit Robert, dictionnaire le Robert, Paris, 1989, p. 763.
- 2 - J. Penneau , La responsabilité du médecin, édition Sirey, Paris, 1977, p. 16.
- 3 - M. Planiol et G Ripert, Traité pratique de droit civil français, tome VI obligations, LGDJ, Paris, 1952, p. 689. A. Dorsner Dolivet, Contribution à la restauration de la faute condition des responsabilités civiles et pénales dans l'homicide et les blessures par imprudence à propos de la chirurgie, Paris, L.C.D.J, 1986, p. 90.
- 4 - Cour civ 20 mai 1936.D.P 1936.1.88.GP.1936.2.41.
- 5 - L'erreur est humaine, affirment les Latins.
- 6 - C A paris 11 mai 1995, Gaz. Pal.1996, 2, 401 notes J. Bonneau.
- 7 - Cf. J. Penneau, Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, L.G.A.J. Paris, 1973, p.152 : « pour qualifier l'erreur et se prononcer sur sa nature, il faut examiner le contexte du diligence où elle s'est produit. Cette démarche générale, si l'on veut se préparer de son incidence et la séparer de la faute. Mais ce contexte comporte en médecine à côté de ladiligence que tout médecin est tenu d'apporter à son activité, un facteur représenté par le risque inhérent, à notre époque aux thérapeutiques aux méthodes d'investigation et à tous les moyens d'actions en général. Sans doute des relations s'établissent-elles entre ce risque et ladiligence puisque celle-ci concourt à son évaluation. Mais le risque a une incidence propre, qui tient à l'aléa qu'il représente, et qui, s'il est évaluable statistiquement, est imprévisible sur le plan individuel. L'aléa laissera toujours subsister une incertitude que la diligence professionnelle normale qui n'est qu'une diligence humaine ne réduira jamais à zéro ».
- 8 - Dictionnaire le robert, op.cit, p. 12.
- 9 - J.Moreau, L'indemnisation des accidents médicaux survenus dans les hôpitaux publics par les juridictions administratives, LGDJ. Bibliothèque de droit privé, tome 2, Paris, 1997, p. 12.
- 10 - C. Carapin, La responsabilité chirurgicale, Saurau ps médicale, Montpellier, 2001, p. 594.
- 11 - Cass. Civ. 27 oct 1970 Gaz pal 1971, 1, 110.
- 12 - Civ.12 Nov 1968. Bull.civ. 1, N° 272, JCP 1968, IV, 208.
- 13 - Civ 9 oct 1984,Gaz pal,21 Juin 1986, p. 7 note F. Chabas.
- 14 - M, H, Kassem, La preuve de la faute dans le domaine médicale, Alexandri, Le caire, 2003.p.55.
- 15 - L'article 1142 du code de la santé publique Français dispose : « La réparation des dommages résultant d'accidents médicaux, d'affections

iarogènes, d'infections nosocomiales, relèvera en l'absence de faute d'un mécanisme d'indemnisation extra judiciaire confié à des commissions régionales. Ces dommages seront couverts par l'office national des accidents médicaux. Cette disposition du code de la santé publique Français vient de mettre un terme aux différences existantes entre le juge administratif et le juge judiciaire dans la réparations des dommages des accidents médicaux ».

16 - J, Penneau, L'indemnisation collective des accidents thérapeutiques, Le nouveau droit des malades, Litec, 2002, p.100.

17 - L'article 145-5 du décret législatif n° 93-18 du 29 décembre 1993 portant loi de finances pour 1994 dispose qu' « il est institué un fonds d'indemnisation de victimes d'actes de terrorisme, destiné à prendre en charge les pensions et capital d'indemnisation, ainsi que les dommages corporels et matériels consécutifs aux actes de terrorisme », J.O.R.A, n° 88 du 30 décembre 1993, p. 3.

18 - L'article 145-2 du décret législatif n° 93-18 du 29 décembre 1993 portant loi de finances pour 1994 dispose que « les dommages corporels subis par les victimes d'actes de terrorisme donnent lieu à réparation par l'état par le versement d'une pension mensuelle calculée selon le barème utilisé par la sécurité sociale en matière d'accident de travail ».

19 - A, Fillali, Les obligations, 2^{ème} édition, Alger, 2010, p. 356.

20 - J, Penneau. Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, op.cit, p. 365.

21 - G. Brière de l'Isle, Faut-il repenser la responsabilité des médecins ? JCP 1975.1.doct 2737, p. 133.

22 - G. Viney, Traité de droit civil, tome IV, la responsabilité : conditions, L.G.D.J. 1982, p. 384.

23 :- J, Penneau , op.cit, N° 564.

24 - A. Dorsner. Dolivet et A. Scemama, La responsabilité des cliniques privées et des hôpitaux : faute ou risque, R.D.S.S, 1980, p. 167.

25 - G. Brière de l'Isle, L'assurance de responsabilité civile des professions de la santé, JCP 1981, 1, 3003.