

introduction

"Le respect de la vie et de la personne humaine constitue en toute circonstance le devoir primordial du médecin."¹ La Constitution proclame en son article 7 le caractère sacré de la personne humaine. Cette disposition consacre la noblesse de la mission du médecin consistant essentiellement à fournir tous les moyens nécessaires au regard des données acquises de la science pour tenter de guérir ou de soulager la douleur de ses semblables. C'est pourquoi depuis toujours et en tous lieux, la santé a constamment été pour l'homme un sujet de préoccupation majeure. Elle est la principale ressource du développement socio-économique donc la condition déterminante de l'épanouissement de l'être humain.

La médecine en particulier a connu des progrès indéniables. Cependant les progrès de la science médicale n'ont pas eu seulement pour effet de transformer maints aspects de la pratique médicale, ainsi que les relations entre le malade et le médecin. Le recours devenu maintenant habituel, aux techniques les plus savantes nécessaires au diagnostic ou à la thérapeutique a entraîné un changement profond dans le fonctionnement et l'organisation de l'hôpital et de la condition du malade hospitalisé.

Si la technique médicale et chirurgicale a progressé de façon spectaculaire, il n'en reste pas moins que les dangers de la thérapeutique se sont accrus dans des proportions importantes.

¹ Article 2 du décret n°67-147 du 10 fév. 1977 instituant le code de déontologie médicale

Ainsi donc, si dans le domaine de la santé, le deuxième tiers de ce siècle a vu se développer les énormes progrès de la technique médicale et chirurgicale, on constate corrélativement un accroissement sensible des dangers thérapeutiques.

Il n'est donc pas surprenant que l'époque de l'impunité du médecin soit révolue.

Le privilège médical a longtemps prôné: " les médecins ont le bonheur que le soleil éclaire leurs succès et que la terre cache leurs fautes ", écrivait Montaigne au 16 siècle.

Il faut préciser que la responsabilité médicale n'est pas une notion nouvelle. En effet les Babyloniens avaient déjà un code "le code d'Hammourabi" qui comportait 282 dispositions parmi lesquelles la règle 218: "si un médecin incisant un abcès perd son malade ou l'œil de son malade, on lui coupera la main " Dans les siècles qui suivirent, se succédèrent des périodes d'impunité totale puis des retours à une recherche de responsabilité des médecins .Ainsi dans le contexte actuel l'homme ne se résigne plus à être victime du fatum, mais cherche un responsable à tous ses malheurs et où le patient en particulier ne comprend pas que la technique médicale en laquelle il fondait tous ses espoirs, loin de le soulager de ses maux , aggravent ceux-ci.

Il convient de préciser qu'au Sénégal, la mission de santé est confiée au corps médical composé de médecins, de sages-femmes, d'infirmiers, de chirurgiens, de dentistes, d'internes... Ils assurent une activité à risques au sein d'une profession organisée. Mais cette mission est surtout attribuée aux

structures de santé qui assurent la tutelle de tous ses composants précités. Ces structures portent le nom de services publics hospitaliers. Si par contre ils commettent une faute, leur responsabilité peu être engagée par la victime devant les juridictions. Ainsi l'évaluation de l'acte de soin est au cœur de la responsabilité médicale.

Mais alors que signifie l'expression " responsabilité des services publics hospitaliers ". En droit la responsabilité a été définie comme étant l'obligation pour une personne de répondre de ses actes ou de ceux d'autrui, ou encore des choses dont elle a la garde.

Quant au vocable services publics il renvoie à une activité d'intérêt général assurée par les pouvoirs publics .Ceci veut dire que le service public comporte un aspect organique et un aspect matériel. Du point de vue organique, la loi portant réforme hospitalière précise que le service public est assurée par les établissements publics de santé hospitaliers, les établissements hospitaliers militaires participant au service public et par les établissements hospitaliers privés participant au service public. L'existence du service public, implique le respect d'un certain nombre de principes : le principe d'égalité devant le service public, le principe de continuité du service public et le principe d'adaptabilité du service public.

Ses services conforment a leur appellation sont différents des établissements de soins privés sont débiteurs d'une obligation de sécurité qui confine à l'obligation de résultat, notamment en ce qui concerne les infections nosocomiales. Cependant la responsabilité fait allusion tout a l'heure est juridique différente

par exemple de la responsabilité morale qui consiste pour l'homme à répondre dans sa conscience ou de la responsabilité politique par laquelle le parlement peut obliger un gouvernement à démissionner.

En outre parler de la responsabilité importe de savoir quelle responsabilité est concernée. Il peut s'agir d'une responsabilité source de sanction (telle que la responsabilité pénale ou la responsabilité disciplinaire) ou d'une responsabilité source d'indemnisation (responsabilité civile ou administrative). La première consiste à sanctionner des comportements que la société réproouve, la seconde à faire indemniser la victime du dommage causé par un tiers.

Georges Vedel fait remarquer que cette responsabilité serait mieux dénommée patrimoniale, car elle consiste dans l'obligation, imposée dans certaines conditions à l'auteur d'un préjudice, de réparer celui-ci par des procédés patrimoniaux.

Aujourd'hui la distinction est nette mais pendant longtemps les deux types de responsabilité ont été confondus. Dans la Bible on retrouve la loi du Talion dont la maxime était "œil pour œil", c'est-dire que si une personne était responsable de la perte d'un œil chez une autre personne, elle était sanctionnée en perdant son propre œil. Heureusement s'est mis en place progressivement un système de compensation monétaire. La notion de réparation monétaire s'est dessinée et des codes de pratique d'indemnisation se sont mis en place.

A la fin du 19 siècle, ère de l'industrialisation, certaines personnes et structures ont dû réparer le dommage causé à d'autres mêmes s'ils n'étaient pas directement responsable du

dommage. Ce fut notamment l'apparition des indemnisations des accidents de travail pour lesquels les employeurs étaient tenus responsables, même s'ils n'étaient pas directement fautifs.

Donc aujourd'hui, la responsabilité "sanction" et la responsabilité "indemnisation" sont deux notions distinctes. Quoi qu'il en soit, s'agissant de la puissance publique l'Etat c'est de cette dernière qu'il s'agit lorsque l'on parle de responsabilité administrative.

Quelle critique peut-on faire sur la responsabilité des services publics hospitaliers ? Alors quelle est le régime de la responsabilité des services publics hospitaliers? Il importe de connaître qui est responsable (l'hôpital, personne morale ou l'agent public hospitalier)? Quel est le fondement de la responsabilité (la faute ou le risque)? Comment est apprécié le dommage et comment il est réparé ?

L'article 1382 Code Civil en effet établit le principe que "tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".L'arrêt Blanco proclame lui à propos de la responsabilité administrative qu'elle "ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code Civil...Cette responsabilité n'est ni générale ni absolue, elle à ses règles spéciales qui varient selon les besoins du service..."

Au Sénégal, le régime de la responsabilité des personnes publiques échappe au droit commun et à la compétence judiciaire, en raison de l'autonomie de la responsabilité administrative ; mais les règles qui régissent la réparation du

préjudice subi par la victime ne sont pas spécifiques et relèvent du droit commun. S'agissant de la responsabilité civile, les modalités de désignation des responsables sont identiques ; que le patient soit traité, dans une clinique privée ou un hôpital public. En l'absence de dispositions particulières qui précisent dans quelles conditions un établissement hospitalier assume les conséquences dommageables de leurs actes, les règles générales, de la responsabilité civile sont susceptibles de s'appliquer, sans hiérarchie entre elles. Conséquence, le corollaire de l'absence d'un droit spécial applicable à l'activité à médicale est l'inexistence d'un système d'indemnisation spécifique au profit de la victime.

Ajouter que parler de la responsabilité de l'établissement hospitalier public suppose que la victime du dommage ou ses ayants droit attaquent l'établissement hospitalier, c'est à dire une personne morale publique. Dans ce cas il faudrait d'abord savoir qu'il existe deux systèmes de la responsabilité administrative, la responsabilité pour faute qui constitue le droit commun de la responsabilité hospitalière. Puisque pour que la responsabilité des services hospitaliers soit retenue, il est nécessaire qu'une faute de service soit relevée à leur encontre. Mais dans tous les cas le plus important et de loin est le système de la responsabilité fondée sur la faute.

Dans cette hypothèse, quels caractères doivent présenter le fait dommageable pour donner lieu à réparation, en matière de responsabilité hospitalière ? Il ne suffit pas qu'il existe une relation de cause à effet entre le préjudice et l'activité incriminée. Il faut encore que la faute dommageable présente

un caractère répréhensible, fautif. La faute de service doit, selon le cas, comporter une certaine gravité variable notamment selon les services, ce critère établi en la matière est repris par le législateur sénégalais.

En effet selon l'article 142 du COA, il faut que la faute de service " s'apprécie en tenant compte de la nature du service, des difficultés qu'il rencontre et des moyens dont il dispose ". C'est sur la base de ce critère qu'un principe de distinction a été établi en matière hospitalière. Selon ce principe, il faudra prouver l'existence d'une faute (ou " qualifiée") pour engager la responsabilité du service public lorsque le dommage est causé par des activités particulièrement délicates ou urgentes; mais une faute simple suffit lorsque le dommage résulte d'un acte non médical.

L'acte médical est un acte dont l'accomplissement présente des difficultés sérieuses et requiert des connaissances spéciales acquises au prix de longues études.

Quant à l'acte non médical il s'agit surtout des actes de fonctionnement et d'organisation mais aussi des actes de soins courants. Les dommages, pouvant résulter de l'exécution de tels actes peuvent être constitués par un défaut de surveillance. Telle que la fuite puis le suicide d'un malade hospitalier pour dépression physique et mentale, qui a pu tromper la surveillance du personnel hospitalier. Il peut s'agir aussi de l'administration déficiente des soins par exemple la cicatrice imputable à une piqûre mal faite. La nécessité de prouver la faute lourde est une sujétion grave pour la victime du dommage. Dans beaucoup de cas il lui sera difficile, sinon

impossible de l'établir. C'est pourquoi le Conseil d'Etat s'efforçait d'aider la victime en limitant souvent l'exigence de la faute lourde à chaque fois que la chose est possible, que la faute, non ou mal identifiée "relève d'une faute de fonctionnement ou de mauvaise organisation " du service. Cette atténuation de la distinction faute lourde, faute simple, était souvent utilisée dans deux cas. Dans un premier cas, le juge utilise la présomption de faute et dans le second cas, il étend le champ d'application de la faute simple.

Toutefois il arrive qu'un agent public hospitalier commette une faute d'une particulière gravité inexcusable et inadmissible. Cette faute est dite personnelle mais en droit sénégalais pour une question de solvabilité le législateur décide que: "lorsqu'une action en indemnité est intentée ... l'administration doit être mise en cause .Elle répond de la faute de son agent, sauf à exercer contre celui-ci une action récursoire".

Par ailleurs il existe un système de responsabilité sans faute qui est un régime d'exception qui ne concerne que certains domaines. Remarquons que l'existence de cette responsabilité sans faute est l'un des points où le droit administratif diffère du droit civil lequel ne comporte pas un tel régime sauf s'il est établi par des lois spéciales?

Ainsi comme le dit Vedel "la notion de responsabilité sans faute est en elle même purement négatif" Il faudrait expliquer quand et pourquoi une personne peut être tenue de dommages qu'elle cause sans faute de sa part. Le principe ne peut être reçue en règle générale, car il conduirait chacun de nous à être l'assureur d'autrui". Il faut donc à la fois expliquer comment la

responsabilité de l'auteur du dommage peut être mise en cause sans faute de sa part et déterminer les cas où l'obligation de réparer existe. En effet, pour quelques auteurs comme Eisenmann, celui qui à l'occasion d'une activité dont il tire profit crée un risque de dommages doit si ce risque se réalise, répondre du dommage causé, car il ne saurait retirer les profits de son activité sans en assumer les charges. Ainsi donc la distinction de la responsabilité fondée sur la faute et de la responsabilité sans faute est importante à cause des conséquences qu'elle entraîne pour la victime.

D'abord en ce qui concerne le régime de la preuve; rappelons que dans la responsabilité sans faute, la victime ne doit prouver que la relation de cause à effet entre le préjudice et l'activité incriminée alors que dans le système de la faute, elle doit en outre établir le caractère fautif de cette activité. Ensuite les causes d'exonérations présentent également certaines différences. D'où l'existence d'un intérêt majeur d'étudier la question de la responsabilité de la puissance publique à l'occasion du fonctionnement des services publics hospitaliers. L'autre raison est sans doute l'importance de ces services au sein du vaste secteur de la santé publique mais aussi par suite de renouvellement de la jurisprudence en la matière au cours de ces dernières années. Les solutions retenues sont le résultat de toute une évolution récente et qui ne semble pas achevée. Elles intéressent le régime de la responsabilité hospitalière mais dans certains cas elles peuvent avoir en outre une répercussion sur la théorie générale de la responsabilisation de la puissance publique.

En outre l'avantage relatif de la responsabilité administrative est la contrepartie à nos yeux justifiée de sujétions particulières. L'hôpital public ne choisit pas ses malades, traite les cas les plus lourds, participe aux fonctions d'enseignement et de recherche conformément au droit public il assume donc une responsabilité des actes des praticiens qui y exercent, lesquels sont dans une situation statutaire. Le malade n'a pas toujours le choix réel entre le secteur public et le secteur libéral pour des raisons économiques ou médicales à l'hôpital il ne choisit généralement pas son praticien et la médecine qu'il y reçoit est moins personnalisée. Dans la relation thérapeutique, son consentement est nécessaire mais il est moins librement donné.

Ajouter en dernier lieu que la particularité de la responsabilité des services publics hospitaliers réside dans sa coloration professionnelle; il s'agit en l'occurrence, de sanctionner une faute liée à l'exercice de la profession médicale.

Pour mieux illustrer nos propos nous analyserons au cours de cette étude la consécration timide de la responsabilité des services publics hospitaliers (partie I) puis la mise en œuvre difficile de cette dite responsabilité (partie II).

**PREMIÈRE PARTIE : UNE CONSÉCRATION
LIMITÉE DES SERVICES PUBLICS
HOSPITALIERS**

Présenter la responsabilité administrative c'est analyser la responsabilité pour faute qui est le droit commun et la responsabilité sans faute, qui est l'exception. Dans le domaine de la responsabilité pour faute le principe est que la faute doit être prouvée par la victime.

En principe la responsabilité des services publics hospitaliers est une responsabilité pour faute. C'est dire que s'agissant de ces personnes publiques, l'engagement de leur responsabilité est subordonné à la faute. Il est même normal que la responsabilité de la puissance publique soit une responsabilité pour faute, c'est -à- dire engagée que si le fait dommageable est fautif. Une telle responsabilité est, en effet, celle dont le fondement est le moins susceptible de contestation. Sa justification est tout aussi naturelle que possible.²

Dans le domaine de la responsabilité sans faute, la preuve du caractère fautif du fait dommageable n'a pas à être faite par la victime, mais encore la preuve le défendeur qu'aucun fait n'a été commis est sans conséquence. C'est une responsabilité de plein droit, en raison de préjudice causé. Au Sénégal la consécration de la responsabilité des services publics hospitaliers est faite par le Code des obligations de l'administration en son article 142³ qui pose la responsabilité du service public fondée sur la faute. Le législateur a simplement choisi de regrouper "pèle mêle" dans cet article, quelques solutions jurisprudentielles françaises en matière de responsabilité sous l'intitulé "fondement de la responsabilité". Conséquence la législation sénégalaise est sclérosée (chapitre I)

² F.Llorehns- Frayse; le poids de la faute dans la responsabilité administrative, revue.Droit 1987 n 5, P. 65

³3 Loi N65-51 du 19juillet 1965 portant Code des obligations de l'administration

aussi on remarque les insuffisances de la jurisprudence en la matière (chapitre II).

CHAPITRE I : UNE LEGISLATION SENEGALAISE SCELEROSEE

Comme on peut le constater, le fondement de la responsabilité administrative, est difficile à saisir au Sénégal, dès l'instant où la loi y fait expressément référence dans le Code des obligations. Notre réflexion sur cette question est motivée par le mutisme du législateur dans la mesure où les dispositions de l'article 142 ne mentionnent l'expression "fondement de la responsabilité" que dans l'intitulé de ce dernier.

Après avoir qualifié le COA de "loi -cadre ", M J C Gautron ajoute que ce code "fait du fonctionnement défectueux du service public le "fondement" de la responsabilité, en son article 142.

Expression contestable car le fondement de la responsabilité ne peut en principe être que la faute (...)"⁴ On est soulagé par de tels propos, mais regrettons que l'auteur n'ait pas aiguillonné davantage le juge sénégalais en insistant sur la place qu'occupe la faute dans le droit de la responsabilité du service public hospitalier. Le paragraphe suivant sera donc consacré à cette problématique en étudiant les deux régimes à

⁴ Voir l'administration sénégalaise, Encyclopédie administrative, I.I.A 1ere édition Berger-Levrault, 1971.P25

savoir la responsabilité pour faute (section I) et celle sans faute (section II).

SECTION I: LA RESPONSABILITE POUR FAUTE:LE PRINCIPE

De ses propres fautes, ou des fautes commises par des personnes donc rien n'est plus normal qu'on soit responsable des conséquences dont on doit répondre. Dire que la notion de faute est incontournable en matière de responsabilité. De ce fait nous reprendrons le problème soulevé par certains auteurs en France et qui existe au Sénégal notamment M. Laubadère; de savoir si la faute est un fondement de la responsabilité c'est-à-dire la justification de la responsabilité, ou si elle n'en constitue qu'une condition exigée selon les cas pour que l'administration soit tenue de réparer.

Il est vrai que malgré l'obscurité dont fait l'objet l'article 142, la responsabilité des services publics hospitaliers est fondée sur la faute.

Ainsi les précisions relatives à la faute conditionnant l'engagement de la responsabilité seront analysées sous l'angle de la nature de la faute (paragraphe I) et sur la responsabilité du service hospitalier du fait d'un préposé (paragraphe II).

PARAGRAPHE I: LA NATURE DE LA FAUTE

Pour reprendre la classique définition de Marcel Planiol la faute "est un manquement à une obligation préexistante". On est en faute quand on ne s'est pas conduit comme on l'aurait

dû : quand l'action ou l'abstention d'agir ne sont de nature à justifier un reproche.

On affirme en ce qui concerne le Sénégal, que la faute est une condition d'engagement de la responsabilité du service public hospitalier⁵. Mais cela est plus perceptible de l'interprétation que l'on s'est faite de la jurisprudence administrative française (même si quelques auteurs continuent de fonder la responsabilité administrative sur la faute) que dans le texte du Code des obligations ou la rédaction de l'alinéa 1 de l'article 142. Mais la faute à elle seule ne suffit pas.

D'abord le préjudice subi est une condition indispensable à la responsabilité du service public hospitalier. Le préjudice est le dommage matériel ou moral subi par une personne par le fait d'autrui.

Au terme de l'article 124 du Code des obligations civiles et commerciales, "le dommage peut être matériel ou moral..."

En matière de responsabilité hospitalière, le dommage matériel résulte le plus souvent des frais médicaux ou chirurgicaux, engagés, frais qui entraînent sur le plan patrimonial un appauvrissement.

Quand au préjudice moral, il est constitué du *pretium doloris* qui, dans l'espèce ci haut était qualifié de très important, des préjudices esthétiques et d'agrément.

Ensuite le lien de causalité constitue l'autre condition d'engagement de la responsabilité.

Une faute n'engage la responsabilité du médecin que lorsqu'elle a causé un dommage. La causalité doit être directe et certaine. La preuve du lien de causalité et par conséquent

⁵ Voir A Bockel, Droit administratif, P.361

celle du préjudice incombe à la victime mais devant la difficulté d'apporter une telle preuve, le juge utilise certaines techniques notamment en cas de pluralité de fautes.

C'est ainsi que le juge peut utiliser la théorie de l'équivalence qui signifie que toutes les fautes à l'origine du préjudice sont considérées comme étant en relation de causalité avec celui-ci puisqu'à défaut de l'une d'elles le préjudice ne serait pas réalisé. Dans ce cas, la responsabilité est partagée entre les différents acteurs. Le juge peut également utiliser la théorie de la causalité adéquate, là on ne peut tenir compte que les antécédents qui ont joué un rôle prépondérant que l'administration est responsable pour faute de service.

La puissance publique est seule reconnue responsable du préjudice résultant de la faute de service. Il ne peut en être autrement puisque la responsabilité de l'administration sur la base de l'article 142 du COA ⁶ pour faute de service se définit comme un fonctionnement défectueux présentant un certain degré de gravité variable en fonction: des activités de l'administration, compte tenu des difficultés présentées pour l'exercice de cette activité, des moyens dont disposerait l'administration pour éviter le dommage. De ce fait, pour déterminer le caractère fautif ou non des agissements de l'administration le juge sénégalais ne se réfère pas, à une norme abstraite, il se demande ce que le tiers ou l'utilisateur du service public, était en droit d'attendre du service.

On distingue les fautes de surveillances, le retard du diagnostic ou traitement, défaut d'organisation du service; le défaut d'information.

⁶ Loi N65-51 du 19 Juillet 1965 portant, Code des obligations de l'administration,, J.O. 1965, P. 945

En outre en matière d'activités médicales, la Cour d'Appel en application de l'article 142 du COA a eu à retenir la responsabilité du service public hospitalier pour intervention chirurgicale défectueuse⁷. Dans cette affaire, une demoiselle avait été hospitalisée à Aristide Le Dantec pour sinusite. Elle avait perdu l'usage de l'œil droit par suite d'une rupture du nerf optique, au cours d'une intervention chirurgicale effectuée par un interne, sans surveillance du chef qui n'ignorait pas tous les aléas liés à l'acte chirurgical⁸ qu'il qualifié de petite chirurgie. Pour le juge, le médecin-chef devait personnellement surveiller l'intervention afin d'éviter au maximum l'irréparable, surtout qu'il n'ait nullement fait état d'une urgence ou force majeure dispensant... d'une surveillance de l'interne par son chef hiérarchique, "les moyens modestes dont il fait état n'étant pas de nature à exclure de sa part, une surveillance particulière de l'interne... si sérieux soit-il, dès l'instant que l'acte chirurgical du service public est donc à la source de la responsabilité administrative hospitalière, lequel état s'apprécie en droit sénégalais par rapport aux paramètres définis par l'article 142 du COA.

Si en droit sénégalais, le juge s'atèle à rechercher le mauvais fonctionnement du service hospitalier pour retenir la responsabilité de l'Etat; en France, on assiste à une flexibilisation de plus en plus marquée de la responsabilité médicale des hôpitaux publics.

⁷ Cour d'Appel de Dakar N 501 du 27 Juillet 1984, Demoiselle Diop c/ Etat du Sénégal

⁸ Atteinte occulo-orbitaire très fréquent au niveau du sinus ou l'intervention pouvait entraîner soit une infection par voie ascendante, soit une névrite ou cécité.

En effet; le Conseil d'Etat français a d'abord développé le recours à la notion de présomption de faute dans le domaine des affections nosocomiales.⁹

Ensuite par une décision du 10 Avril 1992 il a abandonné l'exigence de la faute lourde en matière de responsabilité médicale.

Quant à la jurisprudence sénégalaise, elle demeure toujours favorable au corps médical du fait probablement de la codification qui limite fortement son pouvoir créateur. Les contours d'appréciation du fonctionnement défectueux du service posés par l'article 142 en donnent une parfaite illustration.

PARAGRAPHE II: LA RESPONSABILITÉ DU SERVICE HOSPITALIER DU FAIT D'UN PRÉPOSÉ

La responsabilité des commettants du fait de leurs préposés est une responsabilité sans faute. L'article 146 du code des obligations civiles et commerciales qui en pose le principe, "les commettants ou patrons répondent des dommages causés par une personne soumise à leur autorité lorsque, celle ci encoure dans l'exercice de ses fonctions une responsabilité à l'égard d'autrui...".

Le commettant ne peut donc s'exonérer car il ne lui ait pas permis d'apporter la preuve qu'il n'a pas commis la faute.

Appliquant l'article 146, la cour d'appel déclare dans l'affaire veuve Nemer Sabbah c/ hôpital principal que "les préposés d

⁹ Conseil d'Etat, 9 Décembre 1988, Recueil CE,p. 431,14 Juin 1991, Maalem,recueil CE, p.1185

l'hôpital avait commis une faute de nature à engager la responsabilité de leur commettant¹⁰ en abandonnant le patient sans surveillance.

Les conditions de la responsabilité du commettant, en l'espèce étaient à l'évidence réunies, à savoir l'existence d'un lien de préposition¹¹ et d'une responsabilité encourue à l'égard d'autrui trouvant son origine dans la faute commise par les préposés. Il en est de même du préposé inexpérimenté utilisant un instrument archaïque et qui cause un dommage à autrui, le cas échéant, son commettant est déclaré responsable.

La responsabilité du commettant ne pose donc pas de problème lorsque le préposé agit dans le cadre de ses fonctions, soit que son activité est orienté vers le but fixé par son commettant et est exercé avec les moyens fournis par ce dernier soit que son activité se déroule aux temps et lieu de travail, soit cumulativement.

Seulement, le préposé peut abuser de ses fonctions, c'est l'hypothèse où il accomplit des actes or du cadre d'exercice des fonctions, n'ayant pas de rapport avec celles ci mais accomplit à l'occasion des fonctions.

L'arrêt Moussa AW de la Cour d'Appel de Dakar¹² illustre bien une telle situation. En l'espèce, une jeune fille du nom de Tabara DIA, atteinte d'une psychose maniaco-dépressive avait été admise en réanimation suite à une tentative de suicide après un grave accident de la circulation, à l'hôpital Principal.

¹⁰ Cour d'appel de Dakar/ 10 mai 1985 arrêt N 420

¹¹ Il y a lien de préposition lorsqu'une personne est soumise à l'autorité d'une autre personne (article 146), c'est à dire qu'elle reçoit des ordres et des instructions de cette dernière. En l'espèce le commettant des préposés c'est l'hôpital

¹² Cour d'appel de Dakar.18 Juin 1988 les africaines 1989-1990-1991 p 240: Affaire qui rappelle approximativement celle du préposé ouvreuse de cinéma en France qui après avoir indiqué le chemin des toilettes à une jeune spectatrice l' y avait suivie, violée et tuée.

Durant son séjour elle fut violée par le garçon de salle Moussa AW. Le père de la victime porta plainte avec constitution de partie civile au nom de sa fille.

En ce qui concerne la responsabilité du service hospitalier qui nous intéresse ici, la Cour d'Appel confirme la déclaration de la responsabilité civile de l'hôpital Principal prononcée par le premier juge en affirmant que cette responsabilité est "une contre partie de sa liberté de choix de son préposé et du devoir de contrôle et de surveillance qu'il contracte de ce fait vis à vis des tiers dans l'exécution des tâches confiées à ce dernier...".

Autrement dit dès le moment où le préposé s'est rendu coupable d'un viol dans l'exercice de ses fonctions, son commettant doit être déclaré responsable parce qu'on suppose qu'il a commis une faute dans le choix de cet agent et dans le contrôle de ses activités.

Le juge recourt ainsi à l'idée de faute pour justifier la responsabilité du commettant, laquelle pourtant est une responsabilité de plein droit (article 146 du COCC).

Certes, le prévenu n'a commis un acte en entrant pas dans ses attributions professionnelles. Mais cet agissement a été commis dans les locaux du service et à un moment où le prévenu exécutait un ordre de son supérieur hiérarchique d'où "un lien de connexité étroit entre cet abus" et l'exercice de ses fonctions. Ce qui appelle l'application de l'article 148 du COCC au terme duquel: "en cas d'abus de fonction, un lien de causalité ou de connexité avec l'exercice des fonctions suffit à rendre le commettant responsable". Cette solution découle d'une conception objective de la responsabilité du commettant.

Dès lors que le dommage a été causé au lieu des fonctions la responsabilité du commettant se trouve engagée.

Cette solution est protectrice des intérêts des victimes, quoique sévère pour le commettant. Elle est conforme à l'idée de garantie qui sous-tend la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés de l'article 146 du COCC.

SECTION II : LA RESPONSABILITÉ SANS FAUTE : L'EXCEPTION

Dans certains domaines le juge a reconnu que la responsabilité de l'hôpital pouvait être engagée même en l'absence d'une faute.

L'intérêt qu'un tel régime présente pour les victimes se trouvent accru par deux solutions que l'on connaît : d'une part le fait du tiers, de même que le cas fortuit, sont sans conséquence sur la responsabilité du défendeur qui est engagée pour , d'autre part la responsabilité faite est d'ordre public et par suite la victime peut s'en prévaloir en tout état de la procédure.

En outre la responsabilité sans faute est évidemment plus favorable aux victimes. Mais elle n'est pas sans intérêt pour eux, en ce sens que la reconnaissance de leur responsabilité n'implique aucun jugement de valeur sur les comportements dommageables c'est-à-dire aucun problème. La responsabilité sans faute a ainsi un caractère de neutralité ou d'objectivité, qui est d'ailleurs de nature à faciliter son développement.

En matière de responsabilité sans faute, deux types de responsabilités se distinguent qui sont la responsabilité pour

risque et la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques (paragraphe 1) mais au Sénégal la responsabilité sans faute rencontrent des difficultés pratiques de l'application par rapport au service public hospitalier (paragraphe 2).

PARAGRAPHE I : LE RECOURS AU RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ SANS FAUTE.

Commençons d'abord par voir la responsabilité pour risque. L'expression est le symbole de la responsabilité sans faute au point qu'elle est parfois considérée comme se confondant avec elle.

En réalité, elle illustre une hypothèse seulement de responsabilité sans faute celle où le dommage est le résultat de la réalisation d'un risque et où le juge administratif a pour des raisons diverses, estimé juste ou équitable que l'existence de dommage provoque l'institution d'un régime de responsabilité sans faute. Le risque doit être connu mais spécial de dommage pour justifier aussi pleinement que possible que la réalisation du engendre une responsabilité sans faute.

Mais l'avons tantôt dit que le risque spécial n'est supporté que par un nombre infime de victimes. Cette condition qui n'est pas nouvelle est nécessaire à l'équilibre de l'édifice. La nature

de la responsabilité sans faute exige que le risque dont la réalisation est indemnisée ne frappe que très sélectivement.

Ainsi la responsabilité sans faute liée à l'existence d'un risque spécial de dommage profite aux personnes qui se trouvent placées, en conséquence des obligations qui leurs sont faites, dans une situation dangereuse ou qui voient leurs dommages provoqués par les choses dangereuses.

Cependant il faut noter que certains auteurs considèrent que le deuxième fondement de la responsabilité sans faute est la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques qui fera l'objet d'une analyse.

On connaît l'existence du principe d'égalité devant les charges publiques, principe général de droit, que certains auteurs rattachent à la responsabilité sans faute. Cela veut dire que le dommage causé par l'administration à un particulier serait une sorte de charge publique qui, au moins dans certains cas, ne saurait demeurer le fardeau d'un seul citoyen et devrait être répartie entre tous.

Donc le principe donne son fondement à la responsabilité sans faute des services publics quand ces derniers font subir des préjudices aux victimes.

Il explique et justifie alors qu'une compensation leur soit due ; le versement d'une indemnité rétablira l'égalité rompue.

La responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques doit son originalité à deux facteurs. Tout d'abord, elle régit des hypothèses où les dommages n'ont pas un caractère accidentel, contrairement à ce qu'il en est en matière de responsabilité pour risque. Il s'agit de dommages qui sont la

conséquence naturelle, et même prévisible à coup sûr, de certaines situations ou de certaines mesures par l'effet desquels des membres de la collectivité sont « sacrifiés » aux exigences de l'intérêt général.

Ensuite le droit à réparation n'est pas simplement conditionné par la réalisation du dommage. Il faut que le dommage soit tout à la fois « spécial » et « anormal ». Spécial c'est-à-dire n'atteignant que certains membres de la collectivité, faute de quoi il n'y aurait pas rupture de l'égalité devant les charges publiques.

Anormal c'est-à-dire (au sens de la jurisprudence) atteignant un certain degré d'importance, car les membres de la collectivité doivent supporter sans compensation les gênes et inconvénients ordinaires de la vie en société. Cependant au Sénégal le constat est que le régime de la responsabilité sans faute rencontre des difficultés pratiques dans l'application par rapport au service hospitalier du fait de l'ambiguïté de la législation sur la question.

PARAGRAPHE II : LES DIFFICULTÉS DE L'APPLICATION PAR RAPPORT AU SERVICE PUBLIC HOSPITALIER.

Le régime de la responsabilité faute est bien encadré dans la structure législative et jurisprudentielle de la France. La jurisprudence des années 80 a posé de manière claire les conditions dans lesquelles le régime doit être appliqué¹³.

Contrairement au Sénégal où la responsabilité sans faute est quasi inexistence et trop générale qui se trouve confrontée un

¹³ Conseil d'Etat, 9 Avril 1993, arrêt, Bianchi

flou juridique. Ainsi l'article 142 alinéa 2¹⁴ du Code des Obligations Administratives pose la condition ; l'anormalité et la spécialité du dommage pouvant permettre l'engagement de la responsabilité publique sans qu'une faute soit commise, mais deux hypothèses particulières subsistent. Ce n'est donc pas une catégorie générale.

En outre l'article 142 pose deux notions comme condition d'engagement de la responsabilité sans faute ; la théorie du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques et celle du risque.

Or ce qui est frappant dans le COA, c'est le fait que le législateur ait fait coexister dans les dispositions en question sans qu'une prise position quand au fond, soit vraiment nette.

D'abord qu'elle est la place du principe d'égalité des citoyens devant charges publiques en droit administratif Sénégalais. Ce principe est posé dans l'article 142 al.2 il n'est cependant que de façon implicite, car l'expression ne figure dans aucune disposition de l'article. Pour ce code qui vient de jouer un rôle de vulgarisations et d'informations, il est frappant de constater que seul ceux qui connaissaient la jurisprudence et la doctrine active française sont en mesure de le déceler. Quand au fond, nous pouvons dire qu'à la lecture de l'alinéa 2 de l'article 142, on voit bien que le principe ainsi consacré par le législateur ne concerne que le tiers. Si par conséquent on rattache ce principe à l'intitulé (fondement de la responsabilité) des dispositions qui le contiennent, on peut en déduire que le législateur écarte toute possibilité à l'utilisateur d'un service public de bénéficier du principe.

¹⁴ Article 142,COA,1965(ibid)

Ensuite parlons de la place de l'idée du risque en droit administratif Sénégalais.

Les dispositions du code administratif dans ce domaine font qu'implicitement référence à l'idée de risque et son domaine semble considérablement limité par rapport à la place qu'une telle notion occupe en droit administratif Français¹⁵.

En effet, l'idée de risque dégage de l'article 143 AL 1¹⁶ du code administratif en ces termes : « les tiers ont droit à la répartition du dommage résultant soit de l'exécution d'un travail, public, soit de l'existence ou du fondement d'un ouvrage public ». Ces dispositions ne paraissent pas appeler beaucoup de remarques sur le problème du fondement. Il nous est difficile de penser que le législateur en introduisant la notion du risque dans les dispositions du code, ait voulu en faire le fondement de la responsabilité sans faute, à l'instar de la jurisprudence administrative Française. Au contraire tout laisse croire qu'elle est loin d'être un fondement, elle est plutôt utilisée pour mettre en œuvre la responsabilité collective à chaque fois que l'exécution d'un travail public ou l'existence d'un ouvrage public causent un dommage à un particulier.

Autre remarque, le Sénégal est alors loin de tenir compte de la complexité et du progrès de l'art médical au-delà de 1965 (année de création du COA).

Il consiste donc un écart remarquable entre le contexte actuel marqué par une médecine en pleine progression et des risques thérapeutiques de plus en plus élevés et la législation Sénégalaise reste figée .

¹⁵ La jurisprudence administrative française a admis, à côté de principe d'égalité des citoyens, le risque comme fondement de la responsabilité sans faute de l'administration.

¹⁶ Article 143 code des obligations de l'administration, 1965

Les difficultés d'adaptabilité du régime de la responsabilité sans faute tel que posé par l'art 142 reflète sans doute dans l'application par rapport au service public hospitalier. La législation Sénégalaise est loin de répondre aux exigences des progrès thérapeutiques. La piste jurisprudentielle semble quant à elle muette dans la consécration des fondements de la responsabilité.

CHAPITRE II : LE SILENCE DU JUGE SÉNÉGALAISE SUR LA RESPONSABILITÉ DES SERVICES PUBLIC HOSPITALIER

Il n'est pas fréquent de voir la responsabilité des services publics hospitaliers être mise en œuvre dans un tribunal, comme c'est le cas d'ailleurs dans nombres de pays dits sous développés ou en voie de développement.

Cette situation de fait est tout le contraire de ce qui se passe en occident où il ne serait pas exagéré de parler de « culture » de l'action en justice de manière générale.

Il ne s'agit pas de traîner exactement les services publics hospitaliers parce que comme le décrit A Bockel « l'administration comme toute personne morale ne commet pas par elle-même de faute, car elle est une fiction juridique.

Si les fautes sont commises dans l'activité médicale, elles le sont par des individus, ces agents agissent dans le cadre de leur fonction. Ce sont eux les auteurs de fautes commises ».

Certes la condamnation des services publics hospitaliers demeure l'exception mais elle n'en demeure pas moins que depuis quelques années le citoyen, du moins certains citoyens n'hésitent plus à attirer l'homme de l'art et son service devant le juge en cas de dommage corporel ou de décès consécutif à la faute.

Ainsi devant la difficulté de cerner la question dans son ensemble, nous essaierons de faire état des raisons de ce silence et des conséquences qui en découlent.

SECTION I : LES RAISONS

On ne saurait les énumérer toutes mais l'on sait que la faiblesse du contentieux et la résignation des populations dû au fait d'une éducation traditionnelle qui considère la justice comme une limite à ne pas franchir. Surtout aussi la frilosité de certains juges de condamner les services publics hospitaliers et les médecins en particulier ¹⁷(paragraphe I).

PARAGRAPHE I : FAIBLESSE DES CONTENTIEUX

La croyance à la fatalité est une réalité en Afrique, particulièrement au Sénégal. Les populations se résignent à être victime de « fatum» très souvent l'attitude liée à des considérations religieuses et/ou traditionnelles. De nombreux cas malheureux semblent couverts par la loi du silence qui règne surtout dans les services hospitaliers tandis que les victimes et leurs parents s'en remettent au destin. Dans sa thèse consacrée à la responsabilité médicale, Mademoiselle Awa DIEYE écrit à juste titre « au Sénégal une intervention médicale malheureuse due objectivement à une faute du médecin est considéré comme la volonté de Dieu, personne ne réagit... ». En pareil circonstance la mort est souvent acceptée comme une fatalité.

C'est ce qui explique sans doute que les services hospitaliers soient insuffisamment mis en cause dans l'exercice de leurs activités : « le chiffre noir » c'est-à-dire les non réclamations en justice, est très important en dépit du nombre considérable "des naufragés de la médecine". ¹⁸Cette situation de fait résulte

¹⁷ Ce problème a été posé lors de la rentrée des cours et tribunaux en Janvier 2009; sous le thème "la responsabilité médicale au Sénégal"

¹⁸ Israel Lucien, La décision médicale, Calmann-Levy, 1980

grandement de la méconnaissance par les populations de leurs droits et de la conception négative que celle-ci ont de la justice.

A qui s'adresser lorsqu'on est victime d'un dommage ?

Comment faire pour la saisir ?

Comment se fera la réparation ?

Autant de question que se pose le citoyen, interrogation qui, si pour les juristes peuvent sembler évidentes n'en constituent pas moins une équation du second degré.

Vu le formalisme de l'action en justice et la lenteur des procédures maux de notre système celui-ci sera d'autant plus découragé que par la longueur des affaires et le manque de confiance de son appareil judiciaire. La liberté de ce dernier semble plus formelle que réelle. Il résulte de toutes ces considérations non exhaustives que le juge est peu saisi, ce qui constitue un obstacle majeur au développement du contentieux médical.

PARAGRAPHE II : L'INDULGENCE DU JUGE

La faiblesse du contentieux médical fait que le juge hésite à condamner l'administration lorsqu'il est saisi. La frilosité des juges sénégalais à condamner les services publics hospitaliers et le médecin en particulier constitue le fond du problème.

Même s'il ne le dit pas, c'est comme s'il se posait la question de savoir, quel intérêt à prononcer une sanction à l'encontre du service public hospitalier si en dernier lieu la société qui y perd ?

La question est pertinente eu égard de l'insuffisance chronique des moyens de fonctionnement des services hospitaliers qui a force d'être condamnés finiront par s'essouffler.

Dans la pratique, l'indulgence des magistrats se manifeste par l'exigence ferme du triptyque traditionnel (faute -préjudice -lien de causalité) dont la preuve incombe à la victime ou ces ayants droits. Ce qui montre le retard du Sénégal par rapport à la France dont il s'est inspiré. Ainsi en France la présomption de faute peut engager la responsabilité service public hospitalier.

Cette attitude n'est sûrement pas fortuite vu les raisons ci-dessous évoquées mais aussi le souci de ne pas perturber la sérénité qui anime le praticien, situation préjudiciable à la santé de manière générale. La mansuétude des juges seraient elle alors concevable pour ne pas dire justifiée?

Difficile pour un juriste de répondre à la question par l'affirmative dès lors que tout acte dommageable entraîne la responsabilité de son auteur, fut-il « pourvoyeur » de bien non évaluable pécuniairement.

En résumé on peut dire que la faiblesse du contentieux du à la fatalité accepte des citoyens et les raisons socio-économiques corrolées par une indulgence des juges ; a engendré des conséquences sur la distinction faute lourde et faute simple.

SECTION II : LES CONSÉQUENCES

On pourrait dire qu'elles découlent de la confusion dans la distinction entre faute lourde et faute simple. Ainsi le juge n'a

pas été clair sur cette question au moment où un pays comme la France a abandonné la faute lourde depuis 1992. Aussi le manque d'éclairage de la jurisprudence sur la responsabilité sans faute.

PARAGRAPHE I : LA CONFUSION DANS LA DISTINCTION FAUTE SIMPLE FAUTE LOURDE

La responsabilité issue du fonctionnement des services publics hospitaliers suppose une faute lourde lorsqu'il s'agit de dommages causés par un acte médical. C'est la solution traditionnelle qui était adoptée par le juge administratif.

Mais depuis 1992 avec la jurisprudence de l'arrêt époux V, le juge a abandonné la notion de faute lourde pour établir la mise en oeuvre de l'administration même en cas de faute simple.

Ainsi la jurisprudence Française, en matière de service hospitalier, est fermement établie depuis des décennies. La faute simple suffit pour engager la responsabilité du service lorsqu'un acte non médical est en cause.

Pour Monsieur R. Savetier¹⁹, la définition traditionnelle de l'acte médical avait d'abord été « celui qu'un homme qualifié pose en vue de guérir autrui ». Mais en tenant compte de l'évolution et de l'élargissement du rôle de la médecine, il le définit comme « tout acte pénétrant gravement le corps humain ou lui infligeant une lésion nous apparaît comme réservé au médecin ou aux auxiliaires guidés par lui ».

¹⁹ M. R. Savetier, Auby et Péquignot, Traité de droit médical, N1

Contrairement à ce progrès de la jurisprudence, le Sénégal lui le juge est resté muet sur ce sujet. Au Sénégal les services publics hospitaliers peuvent être condamné pour une faute lourde alors que parfois la faute simple suffit.

Ceci s'explique sans doute par la désuétude du Code des Obligations de l'Administration qui date de 1965 et qui prend pas en compte les évolutions des techniques modernes et l'élargissement de la médecine dans le sens de la prévention de la maladie.

Ce qui ne facilite pas la tâche au juge puisqu'il n'indique pas l'exactitude de la faute qui engage la responsabilité du service public hospitalier.

Mais une autre conséquence subsiste, c'est le manque d'éclairage de la jurisprudence sur la responsabilité sans faute.

PARAGRAPHE II : LE MANQUE D'ÉCLAIRAGE DE LA JURISPRUDENCE SUR LA responsabilité sans faute

Il est de tradition ou même une obligation lorsque le législateur est silencieux devant certaines situations que le juge complète les carences législatives. Le juge peut alors sécréter du droit c'est-à-dire qu'il détient un rôle normatif. La théorie générale du droit administratif ne constitue t-elle pas une illustration de ce propos ?

Dans le domaine médical marqué par une progression exponentielle de l'art médical, la législation est parfois en déphasage par rapport à ces progressions.

Par conséquent dans la plus part des cas, l'intervention législative nécessite une surveillance rapprochée du juge. Un constat est général, notamment au Sénégal, il existe de nouvelles affections telles que l'affection iatrogène et les infections nosocomiales. Combien sont-ils de Sénégalais à perdre l'usage de leurs membres après une injection ou à contracter une nouvelle maladie au sein des hôpitaux. Par rapport à ces nouveaux phénomènes, le législateur sénégalais est resté indécis. Le juge est loin de donner une décision satisfaisante. Il ne permet pas de mettre la lumière sur le régime de la responsabilité médicale. Son homologue Français a montré des avancées significatives dans le domaine de la responsabilité sans faute. L'imprécision de la détermination de la nature exacte de la faute dans l'arrêt Demoiselle DIOP témoigne l'obscurité que le juge sénégalais crée autour de la responsabilité sans faute.

En réalité la législation de 1965 (création du COA) a tué l'œuvre créative du juge Sénégalais qui s'est conféré autour des dispositions. Mais en tant que protecteur gérant du développement social, le juge devrait faire preuve de efficacité pour se prononcer clairement sur le régime de la responsabilité sans faute et en faire une consécration des droits du patient.

Deuxième partie : une mise en œuvre difficile de la responsabilité

Le fondement de la responsabilité renvoie à l'idée qui explique la responsabilité, c'est l'obligation générale de sécurité. Il faut que les personnes qui fréquentent l'hôpital puissent avoir une

prise en charge de qualité. Il y'a ainsi dans le fondement, une nécessité du respect du principe d'égalité, devant les charges publiques.

Ajouter que la condition de la responsabilité renvoie au risque ou à la faute.

De ce fait les régimes de droit public et de droit privé sont entrain de converger ; leur particularité est de faire en sorte que la victime soit indemnisée. Il faut noter que mis à part quelques îlots, le droit la responsabilité publique est un droit jurisprudentiel.

Dans le silence des textes, le juge qui a le devoir de trancher, interprète le principe d'égalité au regard des valeurs communément admises. Il est dans une situation assez semblable à celle dans laquelle il dégage les principaux généraux du droit. Or malgré les apparences, on peut dire que affirmer que l'hôpital est juridiquement responsable c'est l'érigé en point de passage oblige à l'indemnisation.

Cependant si la responsabilité des services publics hospitaliers est régie par des textes et une jurisprudence abondante, elle a une effectivité limitée du fait que l'indemnisation voire la réparation du préjudice subi a des insuffisances tant dans le régime que dans la garantie au Sénégal.

CHAPITRE I : L'EFFECTIVITÉ DE LA MISE EN ŒUVRE DANS LA RESPONSABILITÉ

Dans la grande majorité des cas, le fait dommageable entraînant le droit de la victime à réparation, devra avoir pour fondement une faute de service de l'administration hospitalière. Ce n'est que très exceptionnellement sauf pour le personnel des hôpitaux que ce droit pourra être reconnu sans faute de l'administration par un simple lien de cause à effet.

Si tel est le fondement de la responsabilité des services publics hospitaliers il nous faut examiner maintenant en supposant que le droit à réparation ait été reconnu par le juge administratif, le régime de la réparation du dommage causé par le service public hospitalier, en cours attachant aux particuliers du régime de la réparation dans ce domaine par rapport à celui du droit commun.

Mais au Sénégal la réparation ne se passe pas toujours dans les normes. Ceci est d'abord dû à un manque de garantie de l'indemnisation des victimes. La victime se trouve parfois dans une situation où la preuve de la faute est difficile à déceler. Ensuite, faute de l'inexistence d'un système d'indemnisation spécifique, la victime ou ses ayants droit ne se voient pas soulagés dans leur souffrance. La raison principale évoquée est l'insuffisance des moyens financiers des services publics hospitaliers.

Pour cela nous analyserons les modalités de la réparation du dommage (Section I) et les caractères de la réparation (Section I)

SECTION I : LES MODALITÉS DE LA RÉPARATION

Pour que soit engagée la responsabilité de l'administration, le requérant nous l'avons vu doit établir qu'il a subi un préjudice : en l'absence de préjudice réel, pas de responsabilité. Le préjudice pour donner lieu a réparation, doit d'abord être imputable à l'administration. Il doit également comporter plusieurs caractères. La réparation, d'autre part, répondra à certaines règles et caractères. Nous étudierons successivement, comme pour toute question de responsabilité administrative les règles de la réparation (paragraphe I) puis les caractères de la réparation (paragraphe II).

PARAGRAPHE I : LES RÈGLES DE LA RÉPARATION

Les règles générales de la réparation du dommages en matière de responsabilité des services publics hospitaliers sont elles aussi celles du droit commun administratif. Elles ne présentent pas, en générale des caractères mais posent, quelques fois au juge des problèmes ardu.

Rappelons donc les trois grands principes de la réparation en droit administratif :

La première règle générale qui domine la matière est que la réparation a toujours lieu en argent et non en nature. On voit

mal d'ailleurs, comment un préjudice entraînant la responsabilité des services publics hospitaliers pourrait donner lieu à réparation en nature.

Ainsi le mode de la réparation est pécuniaire et consiste conformément à l'article 133 du COCC²⁰ en allocation par le juge de dommage et intérêt compensatoire à la victime.

Au sens de l'article 134 dudit code, ils constituent une réparation par équivalence. La victime est replacée dans la situation où elle se trouvée si le dommage n'avait pas eu lieu.

L'indemnité prononcée peut consister, soit dans un capital, soit dans une rente. Le juge administratif a le choix entre ces deux modes de réparation. En effet pour les dommages causés aux personnes qui constituent de beaucoup les dommages les plus fréquents dans le domaine de la responsabilité publique hospitalière, il est certain que l'octroi d'une indemnité payée sous forme de rente est la solution la plus aisée lorsque le dommage est susceptible d'évolution. Mais, au cas où le préjudice est consolidé « il appartient au juge administratif de déterminer dans cette espèce le mode d'indemnisation qui constitue la réparation appropriée du préjudice subi.

L'indemnité allouée, c'est un second principe, doit couvrir l'intégralité du préjudice. Cela signifie qu'elle ne doit réparer que le dommage retenu à la charge responsable, mais doit réparer tout le dommage. Dans chaque cas d'espèce, le juge accorde à la victime du préjudice souffert une indemnisation adéquate. Une réparation en capital, ne conviendrait pas aux plus graves accidents, aux grabataires atteints d'invalidité permanente totale, sans possibilité d'exercer une activité

²⁰ Code des obligations civiles et commerciales, Sénégal

rémunérée et dépendant de l'assistance d'autrui. En pareil cas le juge décidera à l'abri des méfaits de la dépréciation monétaire.

En matière de dommage corporel l'appréciation du juge prend en compte l'aggravation de l'état de la victime. Le cas échéant, il octroie une indemnisation supplémentaire. Selon l'article 141 du COA « le dommage causé par le fonctionnement du service public ou l'exécution d'un travail public, soit aux tiers, soit aux usagers, soit aux personnes participant à l'activité du service, n'est réparé que sous la forme de dommages et intérêts ». Selon le Professeur Jean Pierre TOSI²¹ : « si rien en effet ne doit être réparé : tout doit être réparé. »

Enfin l'indemnisation allouée est en principe définitive, c'est le troisième principe, qu'elle soit sous forme de capital ou sous forme de rente, Il y'a en effet, chose jugée en ce qui la concerne.

Le juge notamment se refuse à toute modification de la rente accordée, au motif que la réparation monétaire aurait rendu celle-ci insuffisante.

De ce fait lorsque l'administration apporte, par un mauvais vouloir systématique un retard à la réparation du dommage, le juge peut, on l'a vu, accorder à la victime des dommages et intérêts compensateurs.

PARAGRAPHE II : L'ÉTENDUE DE LA RESPONSABILITÉ

La finalité de la réparation est de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait

²¹ Le droit des obligation au Sénégal, Jean pierre Tosi ,1981,P.19

trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu, il s'agit de remettre la victime « in statu quo ante ».²²

Sur le plan matériel ; la réparation²³ est toujours calculée en fonction de l'importance du dommage. L'article 134 du COCC dispose que « les dommages et intérêts doivent être fixés de telle sorte qu'ils soient pour la victime, la réparation intégrale du préjudice subi. »

Pour la Cour de Cassation française, c'est au moyen de cette indemnité compensatoire (dommages et intérêts) que la réparation doit rétablir « aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage. »

Selon le Professeur Henri MARGEAT « l'être humain est généralement doté d'un corps, d'un esprit et d'un porte monnaie. »

Puisque ce dernier élément est le seul des trois sur lequel le juge a une prise, une somme d'argent constituant les dommages et intérêts passe en toute légalité du porte monnaie du responsable (ou de son assureur) de celui de la victime (ou ses ayants droits).

Cette réparation fait l'objet d'une protection particulière par le législateur qui déclare nulles les clauses élisives de responsabilité²⁴.

Le montant de la réparation se mesure sur le dommage. Ainsi le dommage est aussi bien matériel que corporel et

²² Dans l'état où elle se trouvait avant la survenance du dommage.

²³ En principe, la réparation est pécuniaire(art 133 du COCC),la réparation en nature ne se convenant pas en matière de préjudice corporel.

²⁴ Article 151 AL 1: clause PAR AVION laquelle les parties conviennent qu'un obligation née du contrat ne peut pas être sanctionnée par une condamnation du débiteur à des dommages et intérêts."L'exécution du dommage se fait au jour du jugement ou de l'arrêt"(art 135 COCC) souverainement.

Puisque ce dernier élément est le seul des trois sur lequel le juge a une prise, une somme d'argent constituant les dommages-intérêts passe en toute légalité du porte monnaie du responsable (ou de son assureur) dans celui de la victime (ou ses ayants droit). Cette réparation fait l'objet d'une protection particulière par le législateur qui déclare nulles les clauses élisives de responsabilité.

Le montant de la réparation se mesure sur le dommage. Ainsi les dommages aussi bien matériels que corporel et moral doivent être réparés. Parmi les préjudices économiques et patrimoniaux on peut citer :

- Les frais médicaux ²⁵
- Les gênes des actes de la vie courante
- L'incapacité temporelle de travail
- L'incapacité physique permanente
- Les préjudices esthétiques sexuels, et d'agrément (le pretium doloris)²⁶
- L'âge de la victime ²⁷

Il faut remarquer que la réparation intégrale imposée par la loi est impossible, notamment en ce qui concerne le décès. S'il dispose d'assez d'éléments pour fixer le montant de la réparation dans certaines espèces, il n'en demeure pas moins que le juge commet le plus souvent un expert chargé de l'évaluation de l'ensemble du préjudice. Cependant pour que cette réparation se passe dans les règles, il faut que le préjudice présente un certain nombre de caractère.

SECTION II : LES CARACTÈRES DU PRÉJUDICE RÉPARABLE.

²⁵ Voir Cour d' Appel de Dakar N420 du 10 Mai 1985 Veuve Nemer Sabbah c/hôpital Principe.

²⁶ Demoiselle Diop c / Etat du Sénégal ,C A de Dakar N 501 du 27 Juillet 1984.

²⁷ Cour d'Appel de Dakar ,18 Janvier 1988 Tabara Dia c/Moussa AW et hôpital.

Le régime juridique de la responsabilité suit de très près le droit commun de la responsabilité administrative en ce qui concerne le préjudice indemnisable. Le demandeur en indemnité doit, avant tout, faire la preuve de l'existence du préjudice. Il est d'ailleurs possible que le préjudice effectivement causé disparaisse pour ne laisser aucune indemnité au demandeur. Mais le préjudice doit remplir certain nombre de conditions dégagées par la jurisprudence.

Les caractères du préjudices doivent être direct, certain, spécial appréciable en argent et porte atteinte à une situation juridiquement protégée.

PARAGRAPHE I : LE PRÉJUDICE DIRECT, CERTAIN ET SPÉCIAL.

Le préjudice doit être certain pour avoir droit à réparation. Cela signifie que son existence actuelle doit être établie et non douteuse. Il faut que la victime soit effectivement et positivement lésée et non qu'elle se trouve seulement privée d'un avantage dont elle aurait pu profiter. La notion de préjudice certain n'exclut pas le préjudice futur à condition que celui-ci ne soit pas seulement éventuel, mais inévitable. Le dommage simplement éventuel ne saurait en effet ouvrir droit à indemnité. Ce problème ne présente pas de difficultés particulières en matière de responsabilité hospitalière.

Le préjudice doit être direct : cette condition signifie que le préjudice doit être la conséquence nécessaire et immédiate des faits imputables à l'administration. C'est le préjudice dont on

peut penser avec certitude qu'il ne se serait pas produit sans ces faits. La jurisprudence administrative admet, de façon large, le lien direct de causalité.

En France en allant plus loin le Conseil d'Etat qu'à la suite d'un décès accidentel de leur fille imputable à une faute manifeste de l'administration, la privation de l'aide matérielle, qu'elle apportait à ses parents, s'est trouvée aggraver, pour ces derniers, par la circonstance que, postérieurement au décès de sa fille, le père a dû interrompre son activité professionnelle en raison de sa santé.

Le préjudice doit, dans certains cas, être spécial : le préjudice réparable est le préjudice spécial c'est-à-dire le préjudice individualisé, n'atteignant pas la généralité des individus et de ce fait par sa consistance même anormale.

Selon certains auteurs, la condition de la spécialité est générale et joue dans toutes les hypothèses de la responsabilité.

Professeur M Vedel, il paraît plus exact de dire que la condition de spécialité du préjudice, sans valeur dans le cas de responsabilité fondée, fondée sur la faute, joue dans toutes les autres hypothèses ; ceci se comprend. ON ne voit pas en quoi le fait qu'une faute de l'administration porterait préjudice à un grand nombre d'individus dispenserait la puissance publique de réparer les dommages causés. On peut donc admettre que la condition de spécialité du préjudice n'existe que dans le système de la responsabilité sans faute. C'est qu'en matière de responsabilité des services publics hospitaliers, elle aura rarement l'occasion d'être appliquée.

PARAGRAPHE II : LE PRÉJUDICE DOIT ÊTRE APPLICABLE EN ARGENT ET PORTÉ ATTEINTE À UNE SITUATION JURIDIQUE

La jurisprudence administrative pose, en principe, que le préjudice doit être appréciable en argent. Un certain nombre de dommages, dans ces conditions, sont donc réparables.

D'abord les dommages patrimoniaux, il faut entendre par là, la perte de valeur infligée à un patrimoine. Puis certains dommages non patrimoniaux, par exemple ceux causés à des personnes dans les modalités de leur existence, leur réputation, leur vie privée.

Telles sont les conditions que doit remplir le préjudice pour être réparable. On voit qu'elles sont nombreuses. Le juge ne peut ignorer qu'en remplissant sa mission de "dire le droit", il prend une décision qui aura des répercussions sur les deniers publics.

Mais toutes les règles posées par le régime de la réparation qui sont dans l'ensemble claire, l'effectivité de la mise en œuvre atteint ses limites lorsqu'on voit le creuset qui sépare le préjudice. À l'attention de la réparation et le silence de la loi sur la réforme hospitalière qui devait beaucoup apporter sur la matière.

CHAPITRE II: LES LIMITES DE CETTE EFFECTIVITÉ

Le fondement de la responsabilité de l'administration hospitalière est surtout la faute de service. C'est que très exceptionnel sauf pour le personnel de l'hôpital que ce droit pourra être reconnu, sans faute de l'administration par un simple lien de cause à effet.

Il nous faut analyser le régime de la réparation causé par le service public ensuite étudier le problème de l'inadéquation entre le préjudice et la réparation.

SECTION I : L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ : UN PROBLÈME MAL POSÉ

Vu l'indulgence du juge à condamner les services publics hospitaliers et les médecins on se demande si la responsabilité est établie dans les règles au Sénégal.

Si on voit mansuétude des juge à engager la responsabilité de l'administration on remarque qu'avec une telle attitude il finira par causer un double malheur a la victime qui en plus de sa souffrance du à une faute du service public, voit son dommage ne pas être réparé comme il faut.

La justice rappelons le n'a pas seulement pour rôle de punir mais doit aussi éduquer. Cette éducation passe par la condamnation puis l'exécution des décisions qui rendront les services publics hospitaliers plus craintifs dans leur comportement. Mais il faut remarquer aussi que la victime a sa part de responsabilité ; du fait qu'au Sénégal le fait accepter

une indemnité après un dommage subi ou à la suite du décès d'un proche ; est mal vue du fait de la religion ou de la conscience citoyenne qui préfère la résignation. Cette attitude ne va pas dans le sens de motiver le juge sur cette question.

Mais le problème majeur reste d'une part l'inadéquation entre le préjudice la réparation et d'autre part un problème d'adaptation du code de la santé publique.

PARAGRAPHE I : L'INADÉQUATION ENTRE LE PRÉJUDICE ET LA RÉPARATION

Selon l'article 118 du COCC « est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui ».

En droit administratif, la reconnaissance par le juge qu'un préjudice doit être réparé se traduit par une condamnation à indemniser la victime c'est à dire à lui verser une somme d'argent constitutive selon l'expression traditionnelle de « dommages-intérêts ».

Cependant un problème particulier se pose au Sénégal qui consiste aux difficultés que rencontrent les victimes, de voir leur souffrance soulagée. L'illustration parfaite est le cas Demoiselle DIOP âgée de vingt ans qui avait perdu l'usage par suite d'une rupture du nerf optique au cour d'une intervention chirurgicale pour sinusite.

La jeune fille avait évalué son dommage à la somme globale de douze millions de francs. Malgré l'âge de la fille ; son état de célibataire, les souffrances physiques et morales découlant de

son handicap et les disgrâces physique compte tenu de son sexe et que port de lunette solaire ne pourra compenser à fixer la réparation à 4940000 francs après rendu entièrement responsable l'Etat du Sénégal de cécité de DIOP.

Alors on devrait se demander si cette somme garantie son avenir ?

Cette indemnisation jugée infime par rapport au préjudice subi couvrira t elle toutes les conséquences présentes et futures ?

Mais la raison de cette inadéquation est l'inexistence d'un système d'indemnisation qui est le corollaire de l'absence d'un droit spécial applicable à l'activité médicale. Ce qui nous pousse à réfléchir sur la nécessité d'une mise en place d'un fonds d'indemnisation des victimes. Pour permettre à toute personne victime d'un dommage ou ayants droit qui décideront de mettre en jeu la responsabilité du service public hospitalier de voir leur action garantie par une véritable indemnisation proportionnelle au dommage. Cependant un autre problème se pose qui celui de l'adaptation du code la santé publique.

PARAGRAPHE II: LE PROBLÈME D'ADAPTATION DU CODE DE LA SANTÉ PUBLIQUE

La réglementation de l'activité médicale passe par l'adaptation du code de la santé publique qui a été un des thèmes du colloque de Dakar en 2005²⁸. Ainsi le code de la santé même s'il est déjà élaboré n'est pas encore étudié par la représentation parlementaire. Conséquence un problème général nommé"

²⁸ Actes du colloque internationale de Dakar Avril 2005 thème:l'état de la codification sanitaire au Sénégal: vers un code de la santé P.61-74

insuffisance du cadre institutionnel" en particulier l'insuffisance ou absence des codes généraux et des codes de déontologie se posent du fait de vides juridiques et d'insuffisances du dispositif législatif et réglementaire surtout dans le domaine de la responsabilité médicale et des services publics hospitaliers en particulier. La mise en œuvre de cette solution devrait d'abord permettre de proposer au Sénégal un code de la santé répondant aux exigences exprimées dans la Constitution Sénégalaise et par les textes internationaux relatifs au droit de la santé. Elle devrait permettre également répondre aux attentes de la société sénégalaise surtout les usagers du service public hospitalier qui subissent les dommages.

SECTION II: LE SILENCE DE LA LOI PORTANT SUR LA REFORME HOSPITALIERE

La réforme hospitalière du Sénégal a été adoptée par l'Assemblée nationale le 12 février 1998²⁹ sous forme de deux lois complémentaires: la première intitulée "loi portant réforme hospitalière", la seconde intitulée "loi relative à la création, à l'organisation et au fonctionnement des Etablissements publics de santé".

Le but de cette réforme est d'améliorer la performance des hôpitaux sur le plan de la gestion et de la qualité des soins. La réforme confère aux Etats une grande autonomie encadrée par un conseil d'Administration et contrôlée par des mécanismes qui sont équivalents à ceux utilisés dans les Etablissements

²⁹ Loi 98-08 du 02 mars portant sur la réforme hospitalière au Sénégal
Loi 98-12 DU 02 Mars relatif à la création et au fonctionnement des établissements publique de santé

publics. Cependant une question mérite réflexion à savoir: Quelle réforme a été apportée sur la responsabilité des services publics hospitaliers?

La réforme a-t-elle prise en compte les victimes des dommages subis dans les services publics hospitaliers ?

A ces questions, malheureusement, une réponse négative subsiste.

Dans toute la totalité de ces articles dont la première loi compte 38 articles, aucun ne fait référence à la responsabilité des services publics hospitaliers.

On voit bien l'optimisme des législateurs de cette réforme qui sans doute dans leurs pensées ignorent que nul service n'est parfait et que chaque jour qui passe, un manquement à une obligation est noté dans les services publics hospitaliers.

Peut être que cet optimisme même qui les guide les a rendus aveugle au point qu'ils ne voient pas toutes les victimes que font les services publics hospitaliers, une situation qui prend une ascendance inquiétante. Ainsi nous dirons que cette réforme ne porte que sur la modification du statut des hôpitaux, (section I); que la remarque est qu'aucune loi ne fait référence à la responsabilité et la réparation des victimes (section II).

PARAGRAPHE I:UNE REFORME QUI MODIFIE LE STATUT DES HÔPITAUX

En faisant une lecture approfondie de la réforme hospitalière, on constate d'abord qu'elle tient au sérieux les difficultés que rencontrent les hôpitaux.

L'hôpital actuel rencontre beaucoup de difficultés à satisfaire la population et le personnel hospitalier. Ce jugement est fondé sur des constats dont la presse se fait l'écho presque tous les jours.

Ces constats révèlent que les hôpitaux publics sont généralement peu fréquentés par les usagers qui disposent de moyens financiers pour se faire soigner. La plupart du temps, ils préfèrent se diriger vers des structures de soins plus coûteuses mais qui ont l'avantage de présenter des plateaux de qualité et des compétences reconnues, en plus de bonnes conditions d'hôtellerie.

Au vu de tout ça, l'Etat qui reste, plus que jamais le garant du service public, a voulu modifier le statut des hôpitaux.

Ceci afin de répondre aux exigences d'une politique orientée vers la santé pour tous et aux exigences de la société moderne qui demande une médecine de plus en plus efficace.

C'est pourquoi la réforme vise à assurer aux hôpitaux une autonomie de gestion avec un statut d'Etat public.

Ainsi les principaux organes mis en place par la Réforme portant sur le Conseil d'Administration, la Commission Médicale d'Etablissement et le Comité technique d'Etablissements. Les seules modifications apportées pour les usagers sont la disponibilité permanente d'un service, le traitement de toutes les urgences, le respect des tarifs accessibles, la prise en charge des personnes démunies: refus de l'exclusion, la mise en place d'un système informatisé pour chaque malade hospitalisé, l'institution d'une charte du malade, la représentation des usagers dans le Conseil d'Administration de l'hôpital.

Autre changement apporté par la réforme, le classement des hôpitaux en 3 catégories:

- Les Etablissements publics de santé hospitalier de premier niveau
- Les Etablissements publics de santé hospitalier de deuxième niveau
- Les Etablissements publics de santé hospitalier de troisième niveau.

Dans son article 1^{er}, elle dispose que "(...) la qualité de la prise en charge des patients constitue un objectif essentiel pour tout Etats hospitaliers".

Mais même dans la qualité l'on sait que la responsabilité est toujours là qu'elle est engagée avec ou sans faute. Donc on comprend mal que le législateur de cette réforme n'y est pas fait allusion.

C'est la limite là plus importante de cette réforme qui pourtant était bien partie pour révolutionner le système hospitalier sénégalais.

PARAGRAPHE II: ABSENCE DE TEXTES SUR LA RESPONSABILITÉ

Il est inconcevable et même anormal qu'une réforme hospitalière se fasse sans le domaine de la responsabilité. Lorsque l'on sait que cette question suscite une vive débat du fait de la recrudescence des victimes des hôpitaux.

Il ne se passe pas un jour où l'on ne voit ou entend une victime souffrir du fonctionnement défectueux des services publics hospitaliers.

Certes une amélioration des qualités de soins et le renforcement des moyens financiers sont à encourager. Mais qui dit responsabilité dit faute et qui dit faute dit manquement à une obligation préexistante.

Depuis le temps qui s'est écoulé de la réforme hospitalière à aujourd'hui, le constat est toujours le même, les hôpitaux sont toujours dans un cercle vicieux. Les mêmes maux subsistent sans pour autant que solutions apportées ne soient d'aucun secours.

Comment envisager prendre en compte les usagers sans adopter une loi qui situera la responsabilité de chaque acte posé par l'hôpital.

Il n'est fait nullement allusion dans la réforme de l'engagement de la responsabilité.

Même dans la section des Droits et devoirs du malade, de l'article 4 à l'article 7³⁰ aucune hypothèse de responsabilité n'est mentionnée.

Or qui parle de responsabilité, pense tout de suite à la réparation du préjudice subi.

La Réforme a innové dans le secteur financier mais aucune structure n'a été mise en place pour la garantie de l'indemnisation des victimes.

Nous avons donc raison d'avoir des inquiétudes si le "cri de cœur" des citoyens n'est pas pris en compte.

Comment fréquenter une structure de santé si l'on sait que tout dommage subi risque de ne pas être réparé.

³⁰ Articles portant sur la réforme hospitalière qui font allusion aux droits des malades de bénéficier des services de l'hôpital et du respect du secret professionnel (article 7)

L'urgence est donc de modifier la Réforme et de traiter avec plus de sérieux le problème de la responsabilité des services publics hospitaliers.

CONCLUSION

Au terme de cette étude que devons nous penser de la responsabilité des services publics hospitaliers? Que devons nous penser, plus précisément, de la responsabilité du médecin d'hôpital? Car, en définitive, pour le malade couché dans son lit, l'hôpital c'est avant tout le visage d'un homme de science, un homme qui se penche sur lui et qui va le soulager. Le fonctionnement du service public hospitalier peut donner lieu, nous l'avons constaté par, l'importance du contentieux, à bien des dommages accidentels susceptibles de mettre en jeu la responsabilité de l'homme. Ces dommages entraînent l'application des principes généraux qui gouvernent la responsabilité de la puissance publique.

A l'heure du bilan de la Réforme hospitalière adoptée par l'Assemblée Nationale en 1998, la réalité des faits contraste, à bien des égards avec ses objectifs que l'amélioration de la gestion et des soins dans les hôpitaux.

C'est pourquoi nous nous permettons de proposer quelques éléments de réflexions prospectives sur la responsabilité des services publics hospitaliers.

Sans doute une amélioration de la qualité des soins prodigués aux malades par les médecins passe avant celle du service public de la santé, ce qui suppose une adaptation continue des

textes législatifs et réglementaire à leur contexte en perpétuel mouvement.

En outre, il convient d'envisager la création d'un fonds spécifique d'indemnisation de la victime du dommage médical.

Il faut signaler que les organisations des droits de l'homme déplorent les écueils perceptibles dans la perspective qui détermine la mise en cause de responsabilité médicale.

Ils sont encore relatifs aux difficultés à surmonter pour obtenir une autopsie. Et pourtant à notre époque, il est inconcevable que les victimes d'accidents médicaux, acceptent la fatalité de l'aléa thérapeutique?

Le droit médical, branche récente de l'ordonnancement juridique, évolue vers plus d'efficacité et de technicité, en somme vers une protection accrue des usagers. Il importe d'en assurer la promotion par l'encadrement de l'acte médical et le rééquilibrage de la relation du couple malade- médecin au moyen d'une implication croissant du juge dans la sphère des activités médicales.