

Solidarité et responsabilité publique

par Danièle Lochak,
Professeur à l'université de Paris X-Nanterre

in J.-C. Beguin, Patrick Charlot, Yan Laidier (dir.), *La solidarité en droit public*, Actes du Colloque de Besançon (avril 1999), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005.

Mettre en jeu la responsabilité publique, c'est demander à une personne publique d'accorder une réparation pécuniaire en compensation de dommages subis. Ces dommages résulteront d'un acte ou d'un agissement, fautif ou non, le plus souvent imputable à cette personne publique – mais ceci n'est pas une règle absolue.

Cette façon volontairement floue de définir les modalités d'engagement de la responsabilité publique tend à souligner le fait que celle-ci peut être engagée dans des hypothèses extrêmement variées, allant bien au-delà du schéma canonique « faute-préjudice-lien de causalité ». Déclarer une personne publique responsable signifie simplement qu'il lui revient d'indemniser des dommages provoqués par son activité ou par celle d'un tiers, sans préjuger des raisons pour lesquelles elle doit payer : la responsabilité ainsi entendue, dans son sens le plus large, peut en effet recouvrir un mécanisme de responsabilité au sens strict, un mécanisme d'assurance, ou encore - dans le cas de l'Etat en particulier - un mécanisme de solidarité.

C'est dans ce contexte que prend son sens la question qui nous est posée et qui porte sur les rapports entre solidarité et responsabilité publique. Elle sous-entend en effet que la responsabilité publique peut découler d'un lien de solidarité préexistant ou encore permettre d'instaurer cette solidarité : la solidarité apparaît soit comme le fondement, soit comme une fonction de la responsabilité publique.

Pour mettre en lumière la place qu'occupe la solidarité dans le droit de la responsabilité publique (II), il est toutefois utile d'éclaircir préalablement les rapports complexes entre les notions et les mécanismes auxquels elles renvoient — ce qui implique de ne pas se focaliser sur les deux seules notions de responsabilité et de solidarité mais de prendre aussi en considération une troisième notion, un troisième terme qui les relie : l'assurance (I).

I. Responsabilité, assurance, solidarité

Nous nous proposons, dans un premier temps, de distinguer, en les spécifiant, ces trois notions, en nous situant successivement aux trois « niveaux de réalité » — juridique, politique, philosophique — dégagés par François Ewald lorsqu'il nous rappelle que les mécanismes de mise en jeu de la responsabilité ne relèvent pas de la simple technique juridique mais qu'ils reflètent aussi une certaine conception du lien social, une certaine façon de penser et d'organiser les rapports sociaux.

Nous montrerons ensuite qu'au-delà des oppositions qui permettent de caractériser assez nettement trois grands « paradigmes », trois modèles idéal-typiques de mise en jeu de la responsabilité au sens large, leurs frontières ne sont pas étanches, que les systèmes d'indemnisation empruntent souvent à plusieurs modèles à la fois.

Le tableau reproduit ci-contre s'efforce de dessiner ces distinctions, ces oppositions, ces passages.

A. Trois idéal-types

Le mot « responsabilité », note François Ewald, désigne au moins trois niveaux de réalité : un niveau politique, où il désigne un principe général de régulation sociale, un niveau juridique ou technique, où il désigne l'ensemble des procédures qui organisent les actions en dommages et intérêts, un niveau philosophique enfin, qui permet d'expliquer pourquoi un acte, un événement ou un dommage est imputable à quelqu'un¹.

Cette grille d'analyse, que nous reprenons en l'adaptant un peu, nous paraît féconde en ce qu'elle permet de repérer un certain nombre d'oppositions pertinentes. Elle conduit non seulement à élargir la réflexion sur la responsabilité au-delà des questions de technique juridique, mais aussi à distinguer, comme l'avait suggéré l'un des premiers Charles Eisenmann², les fonctions et les fondements de la responsabilité.

- Soit d'abord le *niveau politique*, où, nous dit Ewald, la responsabilité désigne un principe général de régulation sociale. La question qu'il faut se poser est ici celle des *fins*, des objectifs poursuivis par le législateur ou le juge lorsqu'il impose une obligation de réparer. Il s'agit, en d'autres termes, de saisir les *fonctions* de la responsabilité.

Ces fonctions ou ces fins sont de trois ordres : 1. punir les auteurs des dommages, et le cas échéant les dissuader d'en commettre d'autres ; 2. soulager les victimes en les indemnisant et donner aux victimes potentielles de dommages l'assurance que ceux-ci, s'ils surviennent, seront réparés ; 3. rétablir l'égalité au sein de la collectivité en instaurant une solidarité entre ceux qui ont été victimes d'un dommage et les autres.

- Soit, en second lieu, le *niveau philosophique* qui conduit à poser la question « au nom de quoi ? », ou encore : qu'est-ce qui justifie, qu'est-ce qui commande de réparer tel dommage ? C'est la question du *fondement* de la réparation.

Ce fondement peut être : 1. la faute commise ; 2. le risque (celui qu'on fait courir par son activité) ; 3. l'équité (ou encore le sentiment qu'il serait anormal de laisser la victime supporter seule un dommage).

- Soit enfin le *niveau juridique ou technique* : il s'agit ici des différents mécanismes ou procédures par lesquels il est possible d'obtenir des dommages-intérêts. Très concrètement, les questions seront du type : qui paie et à qui ?

¹Voir par exemple sa présentation du numéro de la revue *Risques* sur "Assurance, droit, responsabilité", n° 10/1992, p.12.

² « Le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes morales de droit public », *JCP* 1949.I. 742 et 751.

Plusieurs scénarios sont possibles : 1. l'auteur du fait dommageable indemnise lui-même et directement la victime ; 2. l'assureur à qui l'auteur du dommage a versé des cotisations, paie des dommages et intérêts à la victime ; 3. la collectivité répare le dommage aux lieu et place de son auteur - si tant est que le dommage soit imputable à un auteur et que cet auteur soit individualisable.

On peut, sur la base de ces différents éléments, distinguer trois idéal-types ou encore trois « paradigmes » selon lesquels s'organise la mise en jeu de la responsabilité — au sens large où on l'a défini plus haut (le mot « responsabilité » étant utilisé alternativement soit dans cette acception large, soit dans une acception plus étroite pour désigner l'un des modèles ou paradigmes par opposition aux deux autres). Ce terme de « paradigme », nous l'empruntons lui aussi à François Ewald, qui l'utilise pour opposer trait pour trait le paradigme de la responsabilité classique, fondé sur la faute, au paradigme de la solidarité, caractéristique de la société « assurancielle » et de l'État providence, fondé sur le risque³.

Tout les oppose, dit-il : — la conception du dommage, rapporté à une donnée subjective, la faute, dans le premier cas, objectivé comme accident et appréhendé comme risque dans l'autre ; — le but premier, qui est de punir le coupable dans un cas, d'indemniser la victime, dans l'autre ; — la répartition de la charge pécuniaire, appréhendée en termes moraux d'un côté, en termes économiques de l'autre ; — l'accent mis respectivement sur la cause ou sur les conséquences du dommage, enfin.

On peut reprendre et affiner ces oppositions en distinguant le paradigme de l'assurance du paradigme de la solidarité. On a ainsi d'abord le paradigme classique de la responsabilité, fondé sur la faute, dont la fonction principale est de punir et dissuader, et qui met face à face, dans le mécanisme de réparation, l'auteur du dommage et sa victime. Le paradigme assuranciel, lui, est fondé sur le risque, sa fonction première est d'indemniser les victimes, et dans le mécanisme de réparation l'assureur apparaît comme un intermédiaire entre l'auteur et la victime du dommage. Enfin, le paradigme de la solidarité, fondé sur l'équité, poursuit le rétablissement de l'égalité par un mécanisme de redistribution aménagé et géré par les représentants de la collectivité excluant toute interaction entre les auteurs du dommage - à supposer même qu'ils soient déterminables - et les victimes de ce dommage.

Mais ces trois idéal-types ne se retrouvent pas toujours de façon aussi pure et aussi tranchée dans la réalité : il y a des passerelles, des hybridations, les systèmes d'indemnisation empruntent parfois simultanément à l'un et à l'autre.

B. Passerelles et hybridations

La frontière qui reste *a priori* la plus étanche est celle qui sépare le modèle classique de la responsabilité des deux autres, entre lesquels la frontière est à l'inverse beaucoup plus floue. Ce qui les différencie foncièrement du premier, c'est la dissociation qu'ils instaurent entre responsabilité

³ « Responsabilité - solidarité - sécurité. La crise e la responsabilité en France à la fin du XX^e siècle », *Risques* n° 10/1992.

et culpabilité : pour reprendre une formule désormais célèbre, le passage du paradigme de la responsabilité au paradigme assurantiel implique qu'on peut désormais être responsable sans être coupable.

1. Responsabilité et assurance : la faute convertie en risque

Pour autant, on ne saurait opposer sans nuance les deux modèles d'engagement de la responsabilité fondés l'un sur la faute, l'autre sur le risque, et cela pour deux raisons au moins.

La première raison, la plus évidente, est d'ordre pratique : car c'est bien le développement de l'assurance qui a rendu possible le développement spectaculaire de la responsabilité civile — par le biais, surtout, de la responsabilité du fait des choses et de la responsabilité du fait d'autrui, certes, mais il s'agit bien encore de responsabilité pour faute ; et réciproquement le développement de la responsabilité civile a stimulé le développement de l'assurance. Le développement du mécanisme de l'assurance est donc la fois cause et effet du développement de la responsabilité civile ; l'une se nourrit de l'autre, comme le montre Yvonne Flour⁴, puisque le besoin toujours croissant de réparation eût été d'un poids insupportable sans la soupape de l'assurance, tandis que celle-ci dénature la responsabilité civile et en favorise l'expansion puisque, quelle que soit la gravité de ses fautes, le responsable assuré ne supporte pas les conséquences pécuniaires du dommage.

Constater cela, c'est précisément énoncer la seconde raison qui interdit de tracer une frontière étanche entre les deux systèmes d'indemnisation : on passe en effet imperceptiblement de l'un à l'autre lorsque l'auteur potentiel de dommages s'assure contre ses propres fautes ou celles de ses préposés — ce qui revient à convertir les fautes... en risques.

Et ceci contribue à inverser le processus classique de détermination de la responsabilité, la responsabilité devenant, selon la formule de François Ewald, « une fonction de l'indemnisation » : autrement dit, l'objectif étant d'indemniser la victime, on imagine à partir de cet objectif, par une démarche téléologique, des régimes d'imputation adéquats, sans quitter nécessairement le terrain de la responsabilité pour faute, mais en développant par exemple des systèmes de présomption de faute qui tiennent compte de l'existence des mécanismes d'assurance.

2. Assurance et solidarité : de la mutualisation à la socialisation de risques

L'opposition entre les mécanismes d'assurance et les mécanismes de solidarité est également des plus classiques : elle dépasse du reste le cadre de la réflexion sur la responsabilité. Ainsi, dans le domaine de la protection sociale, il est courant d'opposer la sécurité sociale, fondée sur l'assurance, à l'aide sociale, fondée sur la solidarité, ou encore les prestations contributives, qui, étant la contrepartie de cotisations, relèveraient donc de l'assurance, aux prestations non contributives, financées par l'impôt, qui relèveraient de la solidarité.

⁴ Yvonne Flour, « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », *Droits* n° 5/1987, « Fin de la faute ? ».

Cette opposition fondée sur la provenance des ressources est aujourd'hui remise en cause par le fait qu'une part croissante des prestations de sécurité sociale ne sont plus assises sur des cotisations mais financées par l'impôt (la CSG notamment), de sorte que la question du financement par l'impôt ou les cotisations sociales n'est plus un critère de distinction véritablement pertinent.

Plus généralement, tous ceux qui se sont intéressés à l'émergence de l'État providence et au traitement de la « question sociale » – Jacques Donzelot⁵, Pierre Rosanvallon⁶, François Ewald⁷... – ont bien montré qu'on ne pouvait pas opposer assurance et solidarité dès lors que l'assurance a été l'instrument de la solidarité : la technique assurancielles a servi à réaliser l'objectif de solidarité, elle a servi de « main invisible » de la solidarité, surtout à partir du moment où l'assurance est devenue obligatoire.

L'État providence, rappelle Rosanvallon, s'est historiquement développé sur la base d'un système assurantiel dans lequel les garanties sociales ont été liées à la mise en place d'assurances obligatoires couvrant les principaux « risques » de l'existence (la maladie, le chômage, la retraite, l'invalidité...). L'État providence peut ainsi être défini comme l'assureur universel, à travers lequel s'opère la mutualisation des risques ; et cette mutualisation des risques est porteuse de solidarité puisque, en déplaçant la charge des accidents sur la société, elle assure un nouvel équilibre entre riches et pauvres, producteurs et consommateurs, malades et bien portants...

Les prestations compensent la survenance des risques lorsque ceux-ci se concrétisent : elles garantissent la sécurité (fonction première du paradigme assurantiel) en même temps qu'elles remplissent une fonction de redistribution (fonction première du paradigme de la solidarité). L'obligation de s'assurer efface la frontière et opère le passage entre l'assurance, définie comme la mutualisation des risques, et la solidarité, qui implique et repose sur la « socialisation des risques ».

*

Après avoir ainsi mis en lumière la spécificité des différents modèles de réparation des dommages et insisté sur ce qui les distingue mais aussi sur ce qui les relie entre eux, on peut à présent revenir à la question initialement posée : les rapports entre responsabilité publique et solidarité.

Pour analyser ces rapports, on se placera essentiellement sur le terrain du droit positif. On peut toutefois rappeler, en guise de préalable, qu'au tournant du siècle dernier, en pleine période solidariste, lorsque la doctrine s'est interrogée sur le fondement de la responsabilité publique, c'est sur le terrain de la solidarité - traduite dans les notions d'égalité devant les charges publiques, de mutualité ou encore d'assurance - qu'elle a cru pouvoir le trouver⁸.

⁵ Jacques Donzelot, *L'invention du social*, Fayard, 1984.

⁶ Pierre Rosanvallon, *La nouvelle question sociale*, Seuil, 1995.

⁷ François Ewald, *L'État providence*, Grasset, 1986.

⁸ Marie-Joëlle Redor, De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914, *Économica*, 1992, pp. 230-239.

« On ne peut édifier la responsabilité de l'État, écrivait notamment Duguit, que sur l'idée d'une assurance sociale, supportée par la caisse collective, au profit de ceux qui subissent un préjudice provenant du fonctionnement des services publics, lequel a lieu en faveur de tous. [...] L'État est en quelque sorte assureur de ce qu'on appelle souvent le risque social, c'est à dire le risque provenant de l'activité sociale, se traduisant dans l'intervention de l'État. [...] Si l'État est responsable, ce n'est point parce qu'il aurait commis lui-même une faute par l'organe de ses agents ; c'est encore et uniquement parce qu'il assure les administrés contre tout le risque social ⁹».

Ces propositions doctrinales n'ont jamais reflété fidèlement le droit positif ; et jusqu'à aujourd'hui, en dépit du développement continu des mécanismes d'assurance et de l'imprégnation croissante des mentalités par l'idée de socialisation, la responsabilité pour faute est restée le droit commun de la responsabilité publique¹⁰. Elles ont néanmoins le mérite de nous rappeler l'ancienneté de la réflexion sur la question posée et, s'il en était besoin, de nous confirmer sa pertinence...

II. La responsabilité publique, vecteur de solidarité

Si l'on est donc aisément convaincu que la responsabilité publique a quelque chose à voir avec la solidarité, ceci ne dispense pas de se demander plus précisément comment la solidarité s'inscrit parmi les fonctions et les fondements de la responsabilité publique, par quels mécanismes elle est mise en œuvre¹¹.

Si, dans cette recherche, la grille d'analyse esquissée plus haut peut servir de fil conducteur, on constate qu'il est parfois délicat de déterminer à quel schéma se rattache, dans une hypothèse donnée, l'engagement de la responsabilité. C'est toujours, en effet, la personne publique qui doit réparer le dommage : et c'est donc seulement par une reconstruction *a posteriori* qu'on peut dire si elle le fait en tant qu'auteur, en tant qu'assureur, ou comme représentant de la collectivité. Le législateur, de son côté, lorsqu'il imagine des mécanismes d'indemnisation, emprunte aux différents modèles sans beaucoup se soucier de pureté dogmatique ou de cohérence théorique.

A. La solidarité au regard des fondements et des fonctions de la responsabilité publique

Il convient ici de revenir sur la distinction déjà esquissée plus haut entre fondements et fonctions de la responsabilité, appliquée cette fois à la responsabilité publique. Par fondement de la

⁹ *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd. 1930, T. III, p. 469.

¹⁰ Françoise Llorens-Fraysse, « Le poids de la faute dans la responsabilité administrative », *Droits*, 5/1987, « Fin de la faute ? ».

¹¹ Dans les développements qui suivent, par souci de concision, nous supposons connues les principales tendances jurisprudentielles. Pour une présentation plus complète et plus pédagogique de la matière, nous renvoyons, outre aux manuels classiques de droit administratif et aux ouvrages désormais nombreux sur la responsabilité administrative, à notre étude parue sous le titre : « Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation », in *Le droit administratif en mutation*, CURAPP-PUF, 1994, pp. 275-316.

responsabilité, nous dit Charles Eisenmann¹², il faut entendre la raison qui la justifie et qui ne peut être qu'un principe, une maxime, une norme "métajuridique" : par exemple le principe selon lequel on doit réparer ses fautes. Tandis que la fonction de la responsabilité renvoie à la question des fins, des buts poursuivis par le législateur lorsqu'il impose une obligation de réparer : elle conduit à envisager la responsabilité comme un moyen au service d'une politique juridique ou législative.

1. Les fondements de la responsabilité publique

Bien que certains auteurs, et non des moindres, l'aient contesté¹³, la *faute* apparaît bien comme l'un des fondements de la responsabilité des collectivités publiques. S'agissant de la responsabilité sans faute, les explications traditionnelles tournent, on le sait, autour de deux idées : le risque, d'une part, la rupture de l'égalité devant les charges publiques, de l'autre.

- Le *risque* : c'est l'idée que lorsqu'une activité administrative crée, dans l'intérêt de tous, un risque spécial, ses conséquences ne doivent pas être supportées par ceux-là seuls qui y sont directement exposés et en sont les victimes.

- La *rupture de l'égalité* devant les charges publiques : prévaut ici l'idée que lorsque l'activité administrative, exercée par hypothèse dans l'intérêt général, fait subir à une ou quelques personnes un dommage spécial et anormal et donc engendre une rupture de l'égalité devant les charges publiques, cette rupture doit être compensée par le versement d'une indemnité.

Alors que la notion de risque se rattache plutôt au paradigme assuranciel, celle de rupture de l'égalité devant les charges publiques appartient plutôt au champ sémantique de la solidarité. On peut toutefois avancer que le dommage qui résulte de la concrétisation d'un risque est constitutif lui aussi d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques, de sorte que les deux situations sont plus proches qu'il y paraît. On constate, au demeurant, que toutes les hypothèses de responsabilité sans faute sont en fait sous-tendues par la notion d'*équité* : le juge - ou le législateur - admet la responsabilité sans faute lorsqu'il lui paraît inéquitable de laisser des individus supporter sans indemnisation les conséquences dommageables d'une activité de l'administration ou d'un événement quelconque¹⁴.

Ces dernières remarques renforcent donc l'idée évoquée plus haut qu'en ce qui concerne le fondement de la responsabilité publique il n'y a pas de frontière étanche entre le paradigme assu-

¹² Étude précitée.

¹³ Duguit, d'abord, comme le rappelle la citation mentionnée dans le texte, Eisenmann ensuite, qui estimait que la responsabilité des collectivités publiques, comme des personnes morales en général, n'était jamais une responsabilité pour faute, puisqu'elles répondaient seulement des fautes commises par leurs agents et que la responsabilité du fait d'autrui ne pouvait jamais être une responsabilité pour faute.

¹⁴ Paul Amssek, à partir de prémisses différentes, aboutit à une conclusion analogue : il voit dans le dommage anormal survenu à la victime le fondement commun à toutes les hypothèses de responsabilité sans faute, ce qui l'amène à caractériser le système de responsabilité pour dommage anormal comme une politique jurisprudentielle d'équité, le juge s'efforçant par tous moyens de remédier au caractère particulièrement choquant de la situation dans laquelle se trouve la victime. Voir « La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Éditions Cujas, 1975, pp. 233-262.

ranciel, où l'obligation de réparer découle du risque créé, et le paradigme de la solidarité où elle se rattache à une idée d'équité.

2. Les fonctions de la responsabilité publique

On peut également tenter de systématiser l'état actuel du droit positif par rapport non plus aux fondements mais aux fonctions de la responsabilité publique, telles qu'on les a dégagées plus haut : sanctionner et dissuader les auteurs de dommages, indemniser les victimes, assurer l'égalité par des mécanismes redistributifs.

- La responsabilité remplit d'abord, pour l'administration au même titre que pour les particuliers, une fonction *sanctionnatrice*, voire moralisatrice : elle oblige l'administration à réparer les fautes qu'elle a commises et l'incite à ne pas en commettre d'identiques à l'avenir ; elle implique un jugement porté sur son activité et stigmatise comme fautifs certains de ses actes ou comportements.

- La responsabilité remplit ensuite une fonction de *garantie* vis-à-vis des victimes de dommages auxquelles elle donne l'assurance d'être indemnisées. Cette fonction d'assurance ou de garantie, on la retrouve dans des hypothèses assez variées, généralement présentées de façon dissociée car relevant les unes du registre de la faute, les autres de la responsabilité sans faute.

L'administration est amenée à intervenir comme garant et à jouer le rôle d'un assureur notamment dans trois types de situations : – lorsqu'elle est déclarée responsable des fautes personnelles de ses agents commises dans le service ou non dépourvues de tout lien avec le service, ce qui protège les victimes contre l'insolvabilité des auteurs du dommage ; – lorsqu'on lui demande d'indemniser ses collaborateurs bénévoles pour les dommages accidentels qu'ils ont subis en prêtant leur concours au fonctionnement des services publics ; – lorsqu'elle indemnise les victimes de dommages causés par des activités comportant des dangers particuliers, ce qui équivaut à garantir les administrés contre les risques engendrés par ses propres activités.

- La responsabilité publique remplit aussi une fonction de *redistribution* en rétablissant l'égalité rompue devant les charges publiques. La somme que l'administration doit verser représente en quelque sorte le prix à payer en contrepartie d'actes accomplis légalement mais qui causent à ses destinataires ou à des tiers un préjudice grave, spécial et anormal. Il peut s'agir d'activités matérielles, qui causent une gêne excédant les inconvénients normaux du voisinage, ou d'actes juridiques entraînant des charges financières telles qu'il paraît équitable de les compenser par une indemnisation adéquate.

Que l'on indemnise les victimes d'un risque subi dans l'intérêt général, au nom du droit à la sécurité, ou les individus à qui un acte ou un agissement de l'administration, lui aussi intervenu dans l'intérêt général, a fait subir un préjudice financier grave, spécial et anormal, on voit bien comment, dans un cas comme dans l'autre, la compensation financière est sous-tendue par l'idée d'une solidarité entre les membres de la collectivité.

- Enfin, il faut mettre à part les cas où l'indemnisation n'est plus justifiée par la responsabilité propre de l'administration mais explicitement et directement par référence à la *solidarité natio-*

nale. L'État intervient ici en tant que garant de certains risques sociaux engendrés indifféremment par l'activité des particuliers ou celle des collectivités publiques ou encore par des événements naturels, afin de réparer des dommages qui ne sont pas couverts par les mécanismes classiques de la responsabilité ou de l'assurance.

Mais la référence à la solidarité ne préjuge pas des mécanismes par lesquels elle est mise en œuvre concrètement et qui sont, en pratique, extrêmement variés.

B. Les mécanismes juridiques de mise en œuvre de la solidarité nationale

La tendance à la socialisation des risques trouve son aboutissement dans l'instauration de régimes spéciaux d'indemnisation destinés à réparer les préjudices subis par certaines catégories de victimes considérées comme particulièrement dignes d'intérêt et qui ne pourraient pas être correctement indemnisées par les mécanismes habituels de la responsabilité civile ou administrative ni même de l'assurance : victimes de dommages imputables à des rassemblements ou attroupements, victimes d'infractions pénales dont les auteurs sont inconnus ou insolubles, victimes de faits de guerre, de calamités naturelles ou d'actes de terrorisme, victimes de la contamination par le virus du sida ou demain, sans doute, d'aléas thérapeutiques, etc...

Il faut insister encore une fois sur le fait qu'ici, le risque couvert n'est pas engendré spécifiquement par l'activité d'une collectivité publique, mais qu'il peut résulter de l'action de tiers se livrant à une activité illégitime (l'ennemi, le délinquant, le terroriste...) ou légitime (le médecin), ou bien encore de catastrophes naturelles.

L'indemnisation est donc dissociée de façon encore plus nette de la responsabilité (au sens strict), et le débiteur de l'indemnité — qui peut être l'État lui-même, un fonds de garantie spécialement créé à cette fin, ou éventuellement les compagnies d'assurance, mais dans des conditions strictement encadrées par le législateur — ne se confond qu'exceptionnellement avec l'auteur du dommage.

L'analyse - non exhaustive bien sûr - des dispositifs législatifs existants fait apparaître la difficulté d'opter clairement pour un système fondé sur la responsabilité, l'assurance ou la solidarité, qui entraîne parfois l'absence de cohérence entre le fondement de l'indemnisation d'une part, le mécanisme choisi de l'autre. Parmi les risques que ces dispositifs visent à couvrir, les uns sont imposés ou acceptés dans l'intérêt général, d'autres sont inhérents à la vie en société, d'autres enfin ont un caractère plus nettement exceptionnel.

1. La garantie des risques imposés ou acceptés dans l'intérêt général

On peut illustrer cette hypothèse par l'indemnisation des accidents provoqués par les vaccinations obligatoires d'un côté, l'indemnisation des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales de l'autre.

En matière de vaccinations, on sait qu'il a fallu l'intervention du législateur, par la loi du 1er juillet 1964, pour instaurer un régime d'indemnisation sans faute là où le juge n'avait admis qu'un système de présomption de faute. La couverture de ce risque par l'État se justifie ici par le

fait qu'il serait inéquitable de laisser les victimes supporter seules les conséquences de vaccinations qui sont imposées dans l'intérêt de la santé publique plus encore que dans l'intérêt individuel des personnes vaccinées.

Le régime d'indemnisation des personnes qui se prêtent - volontairement, cette fois - à des recherches biomédicales sans finalité thérapeutique directe, prévu par la loi du 20 décembre 1988, diffère du précédent malgré des similitudes apparentes : s'il prévoit la réparation intégrale des conséquences éventuellement dommageables de l'expérimentation indépendamment de toute faute, il laisse en effet peser la charge de l'indemnisation sur le promoteur de l'expérience, c'est à dire l'auteur du dommage, qu'il oblige simplement à souscrire une assurance garantissant sa responsabilité civile.

2. La garantie de certains risques inhérents à la vie en société

Par cette formule, on vise par exemple les dommages résultant des attroupements et rassemblements dont la réparation incombe aux collectivités publiques : hier la commune, aujourd'hui l'État, et cela indépendamment de toute faute. Il s'agit en apparence d'un régime de responsabilité mais qui recouvre, dans les faits, un mécanisme de garantie : la substitution de la responsabilité de l'État à celle de la commune par la loi du 7 janvier 1983 atteste de façon plus nette encore que sous l'empire du régime précédent cette fonction de garantie assignée à la mise en jeu de la responsabilité de l'État, auquel on ne peut, par hypothèse, imputer les faits dommageables.

C'est cette même fonction de garantie que remplit le mécanisme d'indemnisation des dommages corporels résultant d'une infraction pénale dont les auteurs sont inconnus ou insolubles institué par loi du 3 janvier 1977, et modifié à plusieurs reprises par la suite. L'indemnité est allouée par des commissions d'indemnisation et versée par un Fonds de garantie alimenté par le budget de l'État. On est bien ici dans une problématique de solidarité et non de responsabilité, comme l'a confirmé la Cour de cassation en estimant que l'indemnité allouée n'avait pas le caractère de dommages-intérêts mais constituait un secours apporté par l'État en vertu d'un devoir de solidarité — la contrepartie étant le plafonnement de l'indemnité qui n'est pas censée compenser l'intégralité du dommage subi.

Le mécanisme mis en place par la loi du 5 juillet 1985 pour mieux protéger les victimes d'accidents de la circulation, qui institue un véritable droit à indemnisation en dehors du régime commun de la responsabilité civile, ne s'inscrit en revanche que partiellement dans ce schéma. Si l'idée de solidarité est bien sous-jacente à ce nouveau dispositif de collectivisation du risque, sa réalisation emprunte cependant prioritairement les voies classiques de l'assurance, le Fonds de garantie n'intervenant que de façon subsidiaire, notamment lorsque la personne responsable est inconnue ou n'est pas assurée.

Le dispositif d'indemnisation des victimes des catastrophes naturelles institué par la loi du 13 juillet 1982, qui prévoit la couverture obligatoire des conséquences des catastrophes naturelles par les contrats d'assurance garantissant les dommages causés aux biens, se situe à mi-chemin

entre les deux systèmes que l'on vient de décrire¹⁵. La substitution des assureurs à l'État n'est qu'apparente : d'abord parce que le mécanisme d'assurance est strictement encadré par le législateur — lequel a décrété l'assurabilité de dommages qui jusque-là ne l'étaient pas, fixe le montant des primes et déclare l'état de catastrophe naturelle dans les zones sinistrées ; ensuite parce que la mise en jeu de l'assurance n'est pas exclusive de l'intervention de l'État qui accorde notamment sa garantie aux opérations de réassurance des risques résultant des catastrophes naturelles.

C'est à cette problématique-là, de garantie des risques inhérents à la vie en société, que se rattachera aussi, le jour où elle sera officiellement admise, l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, soumise pour l'instant à un régime un peu bancal : bancal parce qu'il ne joue que pour les dommages survenus à l'hôpital public ; bancal parce qu'il fait reposer la charge de l'indemnisation sur l'hôpital lui-même ; bancal surtout en raison de la difficulté qu'on éprouve à le rattacher à l'un des modèles justificatifs existants – responsabilité ? assurance ? solidarité ?

Les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'arrêt Bianchi¹⁶, qui a pour la première fois indemnisé l'aléa thérapeutique, témoignent de l'embarras du juge pour justifier une solution certes équitable mais entrant mal dans les catégories et les critères habituels de la responsabilité sans faute. Car la victime, ici, s'est soumise volontairement à l'examen ou l'opération pratiqué dont elle escompte un bénéfice thérapeutique pour elle-même¹⁷. Comment trouver « *un critère qui permette de distinguer entre les risques que la victime doit équitablement supporter, parce que tout destin est aussi individuel, et ceux qui doivent être supportés par la collectivité publique ?* » s'interrogeait Serge Daël. Et pour expliquer qu'en l'occurrence on était bien dans ce second cas, il faisait valoir que l'activité hospitalière ne se réduit pas à l'intérêt individuel du malade, que les hôpitaux publics participent à l'enseignement et à la recherche, qu'ils assurent une mission d'intérêt général en vue de l'amélioration de la santé collective et que, par conséquent, « *si c'est toujours dans l'intérêt du patient qu'un acte est accompli, lorsque un acte dont les risques sont tout à fait exceptionnels est exécuté [...], il profitera à la quasi-totalité des malades et ne nuira qu'à quelques-uns qui vont seuls supporter son risque* ». Explication bien compliquée, justification bien embrouillée, on en conviendra.

L'intervention prochaine - probable et annoncée - du législateur dans ce domaine devrait donc déboucher sur l'indemnisation de ces dommages dans le cadre d'une mutualisation des risques graves associant l'ensemble du système de santé et ne se limitant pas aux seuls hôpitaux publics. Reste à trouver les mécanismes les plus adaptés à cette nouvelle forme de solidarité.

3. La garantie des risques “exceptionnels”

Le qualificatif “exceptionnel” peut s'entendre de deux façons différentes et renvoie effectivement à deux éventualités distinctes. Certains risques sont considérés comme exceptionnels parce

¹⁵ Voir Jean-Marie Pontier, « Le législateur, l'assureur et la victime », *RFDA* 1986.98.

¹⁶ CE 9 avril 1993, Bianchi, *RFDA* 1993/3 p. 573, concl. Daël, *AJDA* 1993.344, chr. Maugué et Touvet.

¹⁷ Et l'on sait que, depuis, le Conseil d'État a même admis l'indemnisation d'un dommage résultant d'une anesthésie pratiquée à l'occasion d'une circoncision, donc d'un acte dépourvu de finalité thérapeutique : CE 3 novembre 1997, Hôpital Joseph-Imbert d'Arles, *AJDA* 1997.959 ; *RFDA* 1998.90, concl. Valérie Pécresse.

qu'on ne peut raisonnablement les considérer comme inhérents à la vie en société, même s'ils peuvent se réaliser de façon répétée : tels les actes de terrorisme ou les dommages de guerre. D'autres risques sont qualifiés d'exceptionnels à la fois en raison de la gravité de leurs conséquences et parce qu'ils ne se sont réalisés qu'une seule fois : dans ce cas - et c'est ce qui s'est passé pour les personnes contaminées par le virus du sida -, c'est autant le mécanisme d'indemnisation mis en place qui apparaît comme exceptionnel, car limité dans le temps et non destiné à devenir permanent, que le risque qu'il entend couvrir.

On rencontre, pour l'indemnisation de ces risques exceptionnels, la même oscillation ou hésitation entre le modèle de l'assurance et des systèmes clairement fondés sur l'idée de solidarité, la solidarité pouvant au demeurant être mise en œuvre par des mécanismes d'assurance.

L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme instituée par la loi du 9 septembre 1986 repose à première vue typiquement sur un mécanisme de solidarité, qui vise à pallier l'impossibilité pour les victimes d'obtenir réparation par les mécanismes de la responsabilité ou de l'assurance. Avant l'intervention de la loi, en effet, les victimes s'étaient heurtées, lorsqu'elles avaient tenté de mettre en jeu la responsabilité de l'État, à l'exigence d'une faute lourde, et le juge administratif avait refusé de faire jouer la responsabilité sans faute de l'État, sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques ou sur le fondement du risque, dans une hypothèse où le dommage ne lui était à l'évidence pas imputable. Quant à l'assurance, si les compagnies proposaient depuis 1983 à leurs assurés la garantie des dommages matériels résultant d'incendies ou d'explosions provoqués par un attentat, elles ne couvraient pas les dommages corporels. L'indemnisation est donc désormais assurée par l'intermédiaire d'un fonds de garanti, mais ce fonds est alimenté - et c'est en quoi le système reste malgré tout hybride - par un prélèvement... sur les contrats d'assurances de biens.

Dans le cas de l'indemnisation des victimes contaminées par le virus du sida, finalement instituée par l'article 47 de la loi du 31 décembre 1991 portant DMOS, c'est également le constat des limites de l'action contentieuse, donc des systèmes de responsabilité, qui a amené les pouvoirs publics à choisir la voie législative¹⁸.

Il faut cependant rappeler qu'un premier système de solidarité avait été mis en place en 1989, à travers la création d'un fonds public et d'un fonds privé d'aide aux victimes, mais ces fonds étaient réservés aux seuls hémophiles. La découverte de l'ampleur du drame d'une part, la lenteur des procédures judiciaires d'autre part, ont mis en évidence la nécessité de créer un mécanisme d'indemnisation plus large et plus rapide, indépendant de la recherche des responsabilités, et fondé sur la solidarité.

Pourtant, aussi bien les débats parlementaires que le contenu du texte montrent l'hésitation du législateur à choisir entre deux conceptions : un régime de responsabilité fondée sur le risque, et

¹⁸ Voir notre communication « Transfusion et responsabilité administrative » au colloque sur « Le sang et le droit » organisé à Nanterre les 14 et 15 mai 1993, reproduite dans la *Revue trimestrielle de la cour d'appel de Versailles*, n° 30, octobre-décembre 1993, pp. 127-152.

un régime de garantie sociale fondé sur l'idée de solidarité¹⁹. La notion de solidarité était à l'évidence sous-jacente au dispositif, comme en témoigne l'exposé des motifs dans lequel on lisait : « il est juste que la solidarité nationale s'exprime à l'égard de ces personnes qui sont dans une situation de grande souffrance et pour qui la voie juridictionnelle ne pouvait être pleinement satisfaisante »²⁰. Mais les débats parlementaires ont mis au premier plan le risque, qualifié de surcroît d'exceptionnel, de crainte que le système mis en place ne constitue un précédent susceptible de s'étendre indéfiniment et de déboucher sur l'admission généralisée de la responsabilité en matière médicale.

Conclusion

Les mécanismes que l'on vient de décrire constituent pour la plupart des systèmes hybrides, empruntant à la fois au modèle de l'assurance et à celui de la solidarité : — au modèle de l'assurance qui institue une mutualisation des risques, donc une certaine forme de solidarité, mais entre les seules personnes assurées moyennant le paiement d'une prime ; — au modèle de la solidarité qui fait intervenir directement l'État comme garant des risques sociaux qui ne lui sont pas imputables. La combinaison entre les deux systèmes comporte beaucoup d'empirisme : la cohérence importe moins, ici, que le but poursuivi, qui est de ne pas laisser sans protection des victimes considérées, pour une raison ou pour une autre, comme particulièrement dignes d'être secourues.

Et à cet égard, le regard porté sur l'évolution de la responsabilité publique depuis un siècle pourrait faire pronostiquer une extension toujours croissante du dispositif de solidarité et de la socialisation des risques. Le seuil d'acceptation du « mauvais sort », le seuil de tolérance aux inégalités devant la maladie, l'accident, la mort se sont abaissés au point qu'on conçoit de moins en moins qu'un dommage reste sans réparation, alors même que la « responsabilité » ne peut en être imputée à quiconque.

Mais, parallèlement, d'autres préoccupations se font jour. En premier lieu, le changement d'échelle des risques et des accidents pousse à exiger non seulement une indemnisation en cas de dommage mais la mise en œuvre de précautions suffisantes pour éviter que celui-ci ne se produise : au paradigme de la solidarité succéderait ainsi, nous dit François Ewald, le paradigme de la sécurité, qui trouve l'une de ses concrétisations dans le « principe de précaution ».

On constate aussi, en second lieu, le souci croissant de « responsabiliser » les acteurs sociaux, qui implique de les sanctionner le cas échéant. Ce souci rencontre le besoin des victimes, lorsque

¹⁹ Jean-Marie Pontier, « Sida, de la responsabilité à la garantie sociale (à propos de la loi du 31 décembre 1991) », *RFDA* 1992.533.

²⁰ Preuve supplémentaire de ce qu'on est bien dans un système de solidarité et non de responsabilité, la loi dispose simplement que « dans leur demande d'indemnisation, les victimes ou leurs ayants droit justifient de l'atteinte par le VIH et des transfusions de produits sanguins ou des injections de produits dérivés du sang », dispensant donc les victimes de prouver le lien de causalité entre le fait générateur : la transfusion, et le dommage : la contamination par le virus.

les dommages subis atteignent un certain seuil de gravité, d'obtenir la désignation et la punition des responsables sans se contenter d'une indemnisation : il est impossible de comprendre le déroulement de l'affaire du sang contaminé sans intégrer cette variable psychologique et passionnelle.

Mais ces préoccupations qui ont émergé plus récemment ne sauraient contrarier l'évolution vers une indemnisation toujours améliorée des victimes. D'où les propositions formulées avec de plus en plus d'insistance pour imaginer des dispositifs qui dissocient la sanction des fautes de la garantie des victimes, ou encore l'imputation de la responsabilité de l'indemnisation des dommages, mais sans sacrifier pour autant l'un des deux objectifs²¹.

On touche ici du doigt toute l'ambivalence du droit de la responsabilité publique dont on veut faire l'instrument de deux principes de justice bien différents, sinon antinomiques : la justice commutative sur laquelle se règle le système de la réparation ; la justice distributive dont s'inspire l'idée de solidarité.

²¹ Voir par exemple Laurence Engel, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine », *Esprit*, juin 1993, pp. 5-31 ; *La responsabilité en crise*, Hachette-Questions de société, 1995. Ou encore, à propos de l'aléa thérapeutique, D. Philipp, « De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques », *RDP* 1999.593.