Les thérapeutiques : savoirs et usages,
Textes réunis par Olivier Faure,
[actes du colloque tenu les 25, 26, 27 novembre 1997, Saint-Julien-en-Beaujolais et Lyon]
Coll. Fondation Marcel Mérieux, 1999.

Soigner avec ou sans consentement ?

par
Jacques MICHEL

Dans le cadre de la relation thérapeutique, la notion de consentement semble devoir gouverner désormais l'économie générale des rapports entre le malade et le médecin. Disposer du consentement du patient devient une exigence juridique précise et générale destinée à organiser le respect d'une maxime ayant la valeur éthique d'un impératif catégorique. Mais si la promotion de ce principe au rang d'un droit fondamental de la personne malade semble ne pas soulever d'emblée d'objections majeures, l'examen concret de sa mise en œuvre montre le caractère fuyant de la réalité qu'on voudrait désigner. Il semble y avoir là comme une sorte d'énigme dont la complexité paraît s'accroître au fur et à mesure de la production des dispositions légales ou des réponses judiciaires.

Mais c'est aussi l'intérêt de cette difficulté que de nous proposer une expérience cruciale pour la conceptualité juridique qui fait alors l'épreuve de ses limites et se trouve confrontée au sens de ses fictions. Le droit veut saisir et transformer des situations qui résistent avec force. La compréhension et la traduction juridiques du rapport médecin/malade sont toujours des approximations. Mais on ne peut renoncer à un encadrement juridique qui, organisateur d'une vie sociale, témoigne à sa manière des buts qu'elle poursuit et des valeurs qui l'animent. Technique, le droit médical l'est assurément et notre intention n'est pas de l'envisager trop ainsi ; nous voudrions en saisir l'esprit et le mouvement, poser quelques interrogations simples sans prétendre parvenir à une quelconque réponse. Aujourd'hui c'est cette notion de consentement qui semble devoir déterminer cet accompagnement juridique de la pratique médicale, c'est donc elle que

nous questionnerons, étant entendu qu'elle ne reçoit son sens que des pratiques qui l'organisent.

Délibérément, nous ne poserons pas nos questions à partir de situations exceptionnelles comme celles des obligations légales ou judiciaires de soins préventifs ou curatifs. Nous écarterons aussi la situation psychiatrique qui demande une réflexion particulière et qui suppose peut-être comme son préalable l'approfondissement du problème général que nous voulons aborder. Nous resterons auprès de cette exigence légale qui s'impose comme une évidence et en même temps s'oppose aux constructions qu'on voudrait en faire. Ce sont donc ces constructions qui nous occuperont.

La nécessité normative du consentement

La notion de consentement – de même que celle d'autonomie de la volonté qu'elle voudrait concrétiser – ne vise pas quelque réalité qu'on pourrait décrire et épuiser par des illustrations bien choisies. La difficulté du concept tient à la nature même de cet acte de consentement qui est tout autant de créer que d'entretenir une situation, d'être à la fois un point d'origine et un développement. Si ce que l'on désigne ou suggère par le terme de consentement est bien ce centre à partir duquel pourrait se déployer une situation que l'on voudrait clairement et volontairement orienter par un sujet, il semble bien que cette représentation ait le statut d'un principe régulateur visant à éviter violences ou contraintes, ruses ou stratégies, mais soit incapable de désigner quelque existence singulière et concrète indemne d'influences extérieures. Il en est là comme de tous ces lieux où l'on a à s'interroger sur le vouloir, ses intentions, ses motifs et ses représentations : l'individu, comme le disait Gabriel Tarde, ne délibère que rarement en « une sorte d'intime chambre du conseil »[1].

L'hypothétique volonté

Que dire alors de ces situations où la maladie détruit cette intimité déjà hypothétique de la délibération autonome et libre ? Que dire de ces moments où une personne n'a conscience de son corps que par la douleur ressentie et où, ainsi que l'exprimait Leriche, « la douleur-maladie est un fait au niveau du tout individuel conscient »[2]. Comment maintenir l'idée d'une volonté autonome, libre et éclairée, dans ces situations où il y une « coïncidence totale de la maladie et du malade »[3]? Certes, l'activité médicale n'est pas toujours confrontée à des cas aussi graves que ceux que nous évoquons, mais ceux-ci désignent la nature du problème : avec son malade le médecin n'a guère affaire à un cocontractant, la maladie affecte la volonté d'un coefficient plus ou moins élevé de

[1] Tarde (G.), *Etudes pénales et sociales*, Lyon/Paris, Storck/Masson, 1892, p. 325.

[2] Cité par Canguilhem (Georges), *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 1966, p. 57.

[3] *Ibid.*.

diminution qu'on ne peut écarter. D'où la spécificité largement commentée par les juristes de ce rapport médecin/malade où la volonté du patient doit être respectée sans que l'on puisse considérer ce vouloir comme étant celui de l'homme que le Code civil envisage « essentiellement comme volonté (et qui) n'est pas l'être de chair »[4]. La fiction rationnelle qui consiste à faire comme si l'homme concret était une volonté libre, libérée de sa détermination corporelle, confinerait au scandale, à être maintenue, dans le cas de la personne malade.

Cette fiction juridique, qui a pour finalité pratique, d'une part d'assurer la liberté des choix individuels, et, d'autre part, de fonder la validité des situations juridiques créées par des personnes qui s'égalisent, pour ainsi dire, d'elles-mêmes, fonctionne comme un a priori nécessaire dans de nombreuses activités humaines. La volonté y est alors largement réputée ou présumée libre et autonome et, si on exige souvent d'elle qu'elle laisse des traces matérielles de son caractère informé, celles-ci ne nous disent que peu de choses des déterminations qui ont construit cette volonté. Que le droit entende négliger ces déterminations est certainement une garantie pour la liberté, comprise comme l'expression au mieux réfléchie de raisons multiples et complexes qui appartiennent au sujet seul. La présomption juridique présume (jusqu'à preuve du contraire) des forces du sujet.

En matière d'activités thérapeutiques, il est clair que l'exigence légalement réitérée d'un consentement éclairé ou informé semble viser à reproduire ce schéma mais ne parvient que difficilement à s'en rapprocher. D'une part parce qu'on ne peut présumer avec une conceptualité juridique classique des forces morales et volontaires d'un sujet malade, d'autre part – et peut-être surtout – parce que le bien recherché (la santé rétablie ou améliorée) sur lequel porte cette fameuse volonté n'est pas détachable du sujet. Ce fait interroge la conception juridique ordinaire de la volonté. En effet, la forme contractuelle où – comme nous l'avons dit – les volontés s'égalisent d'elles-mêmes permet de parler de la volonté comme d'une faculté générale et le droit s'arrête à cette compréhension largement illusoire mais qu'il pratique consciemment comme une fiction. Mais, à partir du moment où la situation commande d'aller en amont vers les biens en tant que visés ou souhaités, on ne peut plus parler de faculté de vouloir mais, ainsi que nous le dit Spinoza[5], de volitions singulières qui sont parfaitement déterminées. Tel est le cas de la situation thérapeutique où le caractère indétachable du corps par rapport au sujet rend impossible le maintien de cette représentation. C'est situé, déterminé de manière explicite, que le sujet s'expose et s'énonce, produit qu'il est de faits dont on ne peut même pas dire qu'ils lui sont proches puisqu'ils se confondent avec lui. Si dans les actes de la vie plus ou moins paisible, le droit peut rester indifférent aux mobiles intimes qui déterminent la volonté et faire comme si cette dernière était le point d'origine des actions individuelles, avec la maladie l'artifice juridique se trouve débordé. Ce qui s'exprime dans la demande du malade – un vouloir singulier – n'est autre que l'actualité de la compréhension et de la conscience de son état, compréhension qui forme

[4] Carbonnier (Jean), *Droit civil*, Paris, PUF, 1965, tome 1, p. 47.

[5] Spinoza, *Ethique*, II, 48-49.

certainement un tout complexe où se mêlent des connaissances, des représentations (dont celles qu'il a du médecin et de son savoir), des interprétations et des perceptions. La complexité de ce tout pose la question du consentement à partir, non point de la volonté dont il n'est pas le signe, mais de ses déterminations, autrement dit à partir de la structure d'une connaissance dont il est l'expression.

La situation dont nous parlons ici n'est peut-être pas aussi particulière qu'il y paraît. Son caractère dramatique la rend juridiquement contrastée car elle ne permet pas les abstractions de la contractualité classique, mais, du coup, elle nous permet de voir combien la contractualité ordinaire se contente pour l'essentiel d'un aspect intellectualiste de la volonté quant aux choix et aux décisions individuels qu'elle est réputée déterminer. Et c'est essentiellement dans le cadre de la recherche de l'annulation d'un acte qu'on en vient à envisager autrement cette volonté, ce qui excède la représentation intellectualiste de celle-ci pouvant être considéré comme l'affectant. Encore une fois, nous ne voulons pas dire que ces dispositions juridiques normatives constituent autant d'ignorances, et il est certainement nécessaire dans beaucoup d'actes d'insister sur ce seul versant. Mais ce qui apparaît dans les situations qui retiennent notre attention, c'est l'impossibilité où l'on se trouve d'abandonner une perspective générale et abstraite, c'est l'obligation de retourner à cette conscience concrète et singulière impliquée dans ce corps, qui ne peut être compris par elle comme un objet, et qui fait qu'elle s'oppose à son intégration simplificatrice dans les catégories juridiques dont il est possible d'user de manière fonctionnelle quand il s'agit d'envisager des biens extérieurs[6].

L'impossible contrat

Certes on peut toujours parler de contrat *où le médecin s'engage à donner des soins attentifs et consciencieux conformes aux données acquises de la science* et en contrepartie desquels il perçoit des honoraires. Telle est bien la représentation qui préside à l'exercice libéral de la médecine qui, parce que privé, se structure à partir de la représentation du conflit ou du différend. Dans ce cadre, c'est sur des soins, des moyens, que s'accordent médecin et malade ; en ce qui concerne le résultat, il excède le champ contractuel. Cette configuration qui se comprend parfaitement par rapport à des questions de responsabilité montre encore combien la version juridique des choses a du mal à conserver l'ensemble du rapport social qui se trouve noué. On peut en effet se demander si un accord sur les moyens est lui-même possible, sauf à retourner à une vision intellectualiste de la volonté et à s' y arrêter grâce précisément au cadre contractuel. De manière générale, en effet, un moyen n'a pas de valeur en lui-même mais seulement par la fin ou le résultat qu'il permet d'atteindre. Accordons que le médecin et le malade visent tous les deux la même fin, il demeure que les moyens mis en œuvre ne se présentent pas à l'un et à l'autre selon le même rapport. Pour le médecin, prendre les moyens convenables à l'obtention de la fin

[6] L'expérimentation pose le problème avec le maximum d'acuité ainsi que le montre Dominique Tbouvenin, « Commentaire législatif, la loi du 20 décembre 1988 », *Actualité législative*, Dalloz, n° 11, 1989, pp. 107-110.

relève des impératifs que Kant nomme impératifs de l'habileté, ils se rapportent à la maîtrise de son art[7]. Les risques ou les conséquences qui sont liés à son intervention appartiennent ou sont inhérents aux moyens dont il dispose techniquement. Pour le malade, la situation est sensiblement différente. En ce qui le concerne il est soumis à des impératifs de prudence, les risques qu'il prend (ou non) de même que les conséquences, qu'il accepte (ou non), s'inscrivent dans une situation future dont il est lui-même potentiellement l'actualité et qu'il est, pour cette raison, seul en mesure d'estimer. Pour le médecin, les conséquences (possibles ou certaines, prévisibles ou probables) de l'usage de ses moyens sont des effets nécessaires, pour le malade ils sont des buts, quelles que soient par ailleurs les contraintes qui les encadrent.

Hans Kelsen a très nettement établi ces distinctions[8]. La relation qui existe pour le médecin entre les moyens et la fin est de type causal, pour le malade elle est de type normatif. Aussi l'impulsion juridique se trouve-t-elle du côté de ce dernier. L'idée de consentement ne décrit pas la postériorité chronologique du vouloir du malade par rapport aux soins qui lui sont proposés, elle en pose la priorité ontologique et juridique, et celle-ci n'a pas la prétention de simuler une antériorité temporelle. Le sens du consentement est dans ce renversement qui est bien plus sûrement un changement de registre et dans le fait qu'il n'est pas une cause mais une origine. En ce sens le consentement n'est pas de l'ordre de la tautologie par rapport aux énoncés médicaux, la demande n'est pas la morne répétition de l'offre.

Ces distinctions du juriste autrichien, qui nous rappellent qu'une norme ne peut être déduite d'un fait mais seulement d'une volition, semblent être démenties par l'expérience, spécialement de nos jours où de nombreuses affections sont révélées aux personnes et où l'offre semble bien structurer et déterminer la demande. On doit pourtant les rapprocher des analyses faites par Canguilhem. « Si aujourd'hui, écrit le philosophe, la connaissance de la maladie par le médecin peut prévenir l'expérience de la maladie par le malade, c'est parce que autrefois la seconde a suscité, a appelé la première. C'est donc bien toujours en droit (souligné par nous, J.M.) sinon actuellement en fait parce qu'il y a des hommes qui se sentent malades qu'il y a une médecine, et non parce qu'il y a des médecins que les hommes apprennent d'eux leurs maladies »[9]. En ce sens, le mérite du droit et du sens qu'il confère au terme de consentement rétablissant la priorité du malade est de rappeler à la médecine son histoire et de lui conserver son motif fondateur. Autrement dit cela constitue précisément la difficulté de ce qu'on appelle la recherche du consentement il ne peut y avoir de situation juridique authentique qu'initiée par une volonté informée. Si le médecin est tenu d'informer son patient ce n'est pas seulement en raison d'un devoir moral de loyauté mais surtout et peut-être

---

[7] Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs* (2e éd., 1786), Paris, Delagrave, 1969,(trad. Delbos), pp. 126-129.

[8] Kelsen (Hans), *Théorie générale des normes* (ouvrage posthume, 1979), Paris, PUF, 1996, (trad. O. Beaud et F. Malkani), pp. 19-22.

[9] Canguilhem, op. cit., pp. 53-54.

d'abord parce que seul le malade, au titre tout simple de son existence, a cette compétence qui permet que s'articulent de manière normative des moyens et des fins.

Certes, on nous dira avec raison que les choses sont moins tranchées et ne reposent pas sur de tels malentendus. On nous dira avec justesse que le médecin n'a pas une pratique aussi simplement fonctionnalisée, que lui aussi sait articuler en forme normative le savoir dont il dispose et les buts qui donnent sens à sa propre vie, que tout son exercice témoigne de la présence de cette dimension. Loin de nous l'idée de nier cela. Et nous ne nions pas non plus, bien au contraire, que la convergence de ces deux normativités constitue le socle d'une vraie rencontre médecin/malade. Ce que nous voulons exprimer c'est précisément le problème que constitue cette dimension bien réelle et bien nécessaire que nous évoquons maintenant dans le cadre d'analyse que nous avons exposée.

Du privé au public

Nous l'avons noté : le consentement établit la priorité normative du malade. Il demeure cependant que cette priorité se forme dans le temps et a une histoire. Il s'agit donc de penser une réalité qui, pour dépendre d'événements non voulus, n'est pas réductible à eux : le sujet n'est pas le simple produit de son passé, dans la mesure où il peut demeurer le sujet producteur d'une histoire à venir. Ainsi, selon son idéal, la notion de consentement pourrait passer pour la recherche d'une sauvegarde de cette possibilité ; épurée elle pourrait être comprise dans le cadre de ce grandiose et aristocratique vouloir du non-voulu qui entre dans la perspective stoïcienne. Mais le concret des situations humaines résiste à la hauteur des propositions trop ambitieuses. Et l'on peut se demander si la signification juridique du terme de consentement recouvre quelque expérience concrète, on peut se demander si la signification juridique a un sens.

Les figures complexes des consentements

Comme certains l'ont souligné, la question du consentement revient aujourd'hui fort à propos pour interroger un discours médical qui « s'efforçant d'exiler la subjectivité et l'intersubjectivité du soin et de la maladie… ne prend plus en compte dans sa pratique comme dans ses concepts le drame imaginaire, la détermination symbolique, la finalité éthique dans la relation médecin-malade[10] ». Il s'agit donc bien de penser une relation dont l'horizon est cette normativité juridique d'un sujet qui repousse la vision dite paternaliste du médecin trop imprégnée de l'idée de tutelle. Mais il ne s'agit pas, non plus, de trop rapprocher la fonction de ce dernier de celle d'un expert livrant de manière bureaucratique ses conclusions au malade. Cette volonté autonome et libre qui est recherchée ne doit donc être ni isolée ni absorbée mais elle est engagée dans un

[10] Gori et del Volgo, cités par Pedinielli (Jean-Louis), « Le consentement et son imaginaire », *Revue de médecine psychosomatique*, n° 35, 1993, p. 18.

processus dont il est bien difficile de dire qu'il est une succession d'instants isolables ou stables. Entre ledit sujet et ses perspectives il n'y a pas le rapport d'extériorité qui permettrait de dater et de fonder des certitudes. Quelle que soit la précision du diagnostic et du pronostic, celle-ci se situe dans le cadre du jugement savant et, pour cette raison même, n'entre pas telle quelle dans ce qui est un jugement d'existence. Titulaire de la science et solidaire du malade, le médecin lui-même est soumis à cette distorsion qui devient un débat. Cette impossible objectivation constitue le malade, d'où une relation de lui-même à lui-même qui ne peut qu'être mouvante et contradictoire. Rapport « d'un sujet incertain à un objet indéterminé », selon l'expression de Clément Rosset[11], le malade concrétise ce qui constitue la croyance et cherche dans le médecin un point d'appui ou plutôt « un mode de rattachement » des deux termes du rapport. Cette confiance ou ce crédit fait au médecin structure la situation. Le malade ne sait que rarement, il croit plus souvent au savoir de l'autre, ou tout simplement en l'autre. Et il y a là un genre de connaissance qu'on ne peut juger déficiente sauf par rapport à la figure existentiellement impossible du malade-savant en même temps savant-malade. Ce qui veut dire aussi qu'il y a place pour une connaissance supérieure intégrant comme un moment, ou une part d'elle-même, ce que l'on entend par information ; le consentement est éclairé par celle-ci mais il ne s'y réduit pas. L'information est ce qui est exigible du médecin dans la formation du consentement du malade, mais il est bien certain que ce consentement se nourrit d'autre types de connaissance où le médecin trouve une place d'une tout autre dimension et d'une tout autre portée. L'information décrit et n'emporte pas de conséquences normatives mais l'acte d'informer, son style, son ambiance et tout ce qui a trait à la personnalité du soignant ne peut que s'incorporer au sujet comme une donnée déterminante ; cet acte doit bien tenir compte de ses effets dans la reprise normative que constituera le consentement. La situation thérapeutique offre ce paradoxe de viser une sorte de sujet pur dans des circonstances qui sont les plus favorables à l'influencer voire à produire une remise de soi[12].

François Dagognet l'a noté : il y a « un acte libre mais entouré de précautions et d'injonctions ; un colloque singulier, voire chaleureux, mais qui s'achève en termes juridiques. Curieux mélange »[13]. Ainsi que l'écrit le philosophe, prescrire et ordonner sont des actes ambigus. Ils s'adressent à une personne et se réfèrent à un savoir : l'ordonnance commande mais elle s'énonce selon l'ordre même de la science et de l'art. Elle est une médiation qui n'est pas un simple relais technique mais un système humain de transformation. Et c'est bien là que se glisse inéluctablement — et peut-être heureusement — la transformation de l'information elle-même. Elle devient l'information d'un sujet et le sujet lui-même, information subjectivée par l'effet de la narration. La connaissance n'est pas le savoir, elle l'englobe. Et il s'agit là d'un problème autrement complexe que celui d'être sûr que l'information a été matériellement transmise, d'où

---

[11] Rosset (Clément), « Assurance tous risques », *Nouvelle revue de psychanalyse*, n° 18, 1978, p. 36.

[12] Lachaux (B.) et Malauzat (B.), « Entre consentement aux soins et assentiment aux expérimentations » in *Psychologie médicale*, n° 26, 1994, pp. 638-646.

[13] Dagognet (François), « Prescrire » in P*sychiatrie française*, numéro spécial, août 1994, p. 11.

l'irréductibilité de l'information à son écriture comme pourrait le faire penser certaines pratiques qui, pour prévenir les problèmes de responsabilité, confondent le choix du patient avec le calcul rationnel qui traite la connaissance comme un savoir, et le savoir lui-même comme une information[14]. La notion de consentement éclairé a bien du mal à rendre compte des problèmes concrets en distinguant de manière abstraitement analytique ce qui est donné en connaissance de cause et qui serait de l'ordre du cognitif de ce qui est accepté librement, c'est-à-dire sans contrainte et qui relèverait de l'affectif[15]. On a ici la reprise claire d'une distinction entre l'entendement et la volonté qui ne correspond guère aux situations[16].

La phénoménologie du consentement devrait-elle nous porter à renoncer au sujet, à tout le moins dans sa version privatiste peu adaptée aux moments critiques ? Il est intéressant de noter que ce sont souvent les médecins eux-mêmes qui se refusent à comprendre leur activité selon la prose du monde juridique. Dans le fond ce sont eux qui aujourd'hui résistent et interrogent ce modèle du contrat médical dans le moment où tend à disparaître ou à être marginalisé ce qui en permettait la représentation non questionnée, à savoir l'idée paternaliste de l'exercice de leur profession. L'appel à la notion juridique de *bonus paterfamilias* peut effectivement résoudre commodément la difficulté que constitue la recherche de ce sujet. Peut-être d'ailleurs conserve-t-elle le sens d'une juste référence précisément en ce qui concerne cet acte délicat que constitue l'information délivrée par le médecin ? Ne désigne-t-elle pas sa dimension pédagogique ? Ne montre-t-elle pas plus encore cette rencontre des complexités par lesquelles l'affect prend sa part pour nouer une relation difficile où le subjectif le dispute à l'objectif ? Certains, reprenant ce que Freud nommait l'attente croyante du malade, ont excellemment parlé de cette « suggestion bien tempérée » qui caractérise cette approche[17], non point pour la repousser mais pour montrer ce risque frôlé constamment par le médecin de se substituer au malade avec la complicité de ce dernier et donc, d'une certaine manière, en respectant sa volonté ou du moins son désir. Le praticien a affaire à ce que l'on peut comprendre comme une attente de tutelle mais aussi comme une stratégie de revalorisation dont le malade peut user pour compenser la « blessure narcissique » infligée par la maladie. Ainsi que l'analyse Jean-Louis Pédinielli, désirer devenir l'objet du médecin auquel on accorde toute-puissance et savoir absolu peut être une solution qui s'offre au malade et une tentation séduisante à laquelle peut succomber le médecin. Quels rapports ces situations conservent-elles avec l'intention juridique

---

[14] Clements (C.-D.) et Sider (R.-C.), « Medical Ethics' Assault Upon Medical Values » in *Bio-Ethics*, 1988, p. 157.

[15] Sheybani (Scheyla) et alii,. « Le consentement éclairé dans la recherche biomédicale », Université de Lausanne.

[16] Ainsi que l'écrit Spinoza : « j'accorde que la volonté s'étend plus loin que l'entendement, si par entendement on entend seulement les idées claires et distinctes ; mais je nie que la volonté s'étende plus loin que les perceptions, autrement dit que la faculté de concevoir » (*Ethique*, II, 49, scolie).

[17] Zaoui (Daniel), « Le consentement en médecine ou de la suggestion bien tempérée », *Revue de médecine psychosomatique, art. cit.*, pp. 25-33.

désignée par l'idée de consentement dans la mesure où la recherche de ce dernier peut, tout à l'inverse, organiser de discrètes procédures de remise de soi ?

Décidément, la qualité propre de la situation thérapeutique semble bien être de résister à une cimentation juridique à l'instar de toutes celles où la part affective est dominante voire déterminante[18]. A la demande de soins répond la demande de consentement ; ce qu'on a pu présenter comme une inversion de la demande nécessaire à une normativité juridique légitime[19] dévoile plutôt une absence et le concret déçoit le concept. Mais peut-être fallait-il cette déception et ce n'est pas là le moindre mérite de l'insistance contemporaine sur le consentement que d'avoir permis cet approfondissement d'une conceptualité juridique qui s'avère être trop contrainte par les représentations contractuelles, même dans des lieux comme l'hôpital où les obligations du médecin ne s'originent pas dans un contrat. Les obligations du médecin envers le malade sont les mêmes qu'il exerce sa profession dans un cadre libéral ou hospitalier mais la seconde situation semble aujourd'hui davantage peser sur nos représentations que la première indépendamment du fait qu'on pourrait croire celle-ci très ajustée à l'ambiance idéologique.

Changer de modèle, inverser les références

Ce qui s'est passé en matière d'expérimentation médicale sur des volontaires sains a certainement très fortement contribué à la reprise de nombre d'interrogations. Comme on a pu le noter, le cadre expérimental a voulu conserver et consigner légalement l'éthique médicale classique et a cru devoir lui emprunter son vocabulaire issu de situations contractuellement comprises[20], bien qu'il ne soit pas certain que le moyen lexical ait été adéquat à la finalité morale poursuivie. Mais ce sont ces situations d'expérimentation qui ont permis d'interroger le sens de ce fameux consentement qui semblait requis de manière évidente. Ces interrogations se sont portées vers les questions thérapeutiques, à tel point que le principe depuis bien longtemps admis du respect de la volonté du malade s'en est trouvé réexaminé, non point pour le contester mais pour l'envisager de manière plus concrète et selon sa qualité. Et cette reprise des questions liées à l'expérimentation a pu s'opérer d'autant plus nécessairement que les situations toujours plus nombreuses d'expérimentation thérapeutique ont pu assurer une médiation[21]. Dans le fond peut-être considère-t-on toute situation thérapeutique comme contenant une part expérimentale, ne serait-ce qu'en raison de la prise en considération

[18] La relation thérapeutique se rapproche par son intensité de la relation communautaire où dit Georges Carbonnier « c'est l'amour qui cimente plus que les rapports de droit ».-. *Droit civil, op. cit.*, T.1. p. 262.

[19] Pedinielli, *art. cit.* p. 14sq ; de même Lachaux (B.), « La double inversion », *Soins psychiatriques*, n° 179, 1995, pp. 45-50.

[20] Thouvenin (D.), *art. cit.*, p. 107.

[21] Le cas du SIDA est à cet égard très intéressant où l'on voit une recherche avancer avec des malades souvent très informés.

d'une irréductible individualité que Claude Bernard nommait idiosyncrasie[22]. Certes, cette individualité reste scientifiquement cernée par une quantification toujours plus précise, par exemple des variations quant aux réactions aux traitements. Mais dans son existence, une variation est toujours la qualité du sujet qui l'actualise. On peut donc penser que par cet itinéraire un raisonnement privatiste finalement très abstrait s'est trouvé interrogé à partir de questions formulées dans un style et selon un mode de raisonnement plus proches du droit public que du droit privé. Cela ne veut pas dire pour autant que ces questions aient trouvé leurs réponses mais il nous semble qu'elles ont acquis par là une dimension et une épaisseur qu'elles ne possédaient pas jusque ici. Plus exactement, nous pensons qu'il y a eu là un souhait de ne plus se contenter de la simple loyauté contractuelle, trop liée aux évaluations subjectives, et de donner aux obligations du médecin un cadre plus objectif et plus contraignant.

Ce souci est encore apparu récemment comme étant celui de la première chambre civile de la Cour de cassation dans des arrêts qui prennent l'allure d'un abandon d'une jurisprudence que l'on pensait pour longtemps bien fixée[23]. Alors que par une décision de 1951 fort célèbre il paraissait enfin bien établi qu'il revenait au malade d'apporter la preuve que l'obligation d'information n'avait pas été exécutée par le médecin, la Haute juridiction dans un arrêt du 27 février 1997 puis dans un second du 14 octobre a affirmé que c'est « le médecin qui a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des interventions ou soins », ne distinguant de plus pas les risques normaux qui doivent être dits des risques exceptionnels qui pourraient être tus. Ainsi que l'a fait remarquer l'un des commentateurs, la Cour a pu surmonter ses hésitations antérieures en affirmant que cette preuve peut être faite par tous moyens libérant ainsi le médecin de l'exigence d'une preuve écrite traumatisante pour le malade[24]. Malgré cette précision ce revirement de jurisprudence qui a été perçu par certains comme un reniement dangereux, « une dénaturation de l'acte médical, voire de la relation soignante toute entière, banalisée en commerce, déshumanisée »[25], est pour nous étroitement lié à l'évolution technique de la médecine. Il y a là certainement le prix payé pour ses conquêtes, ses succès et ses victoires ; prix peut-être excessif si les impératifs établis par la Cour devaient être rigidifiés et s'abstraire des cas concrets. Pèse lourdement sur cette jurisprudence nouvelle la crainte d'une orientation de la pratique médicale vers des solutions de type américain. Mais il ne nous semble pas que la Cour veuille substituer à l'obligation de moyens l'obligation de résultat. Même si ses arguments prennent appui sur une représentation

---

[22] Bernard (Claude), *Principes de médecine expérimentale (1877)*, Paris, PUF, 1987, p. 146.

[23] Voir sur ce point Nerson (Roger), « Le respect par le médecin de la volonté du malade » in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1976, pp. 877-878.

[24] Viney (Geneviève), *La Semaine Juridique*, Doctrine-Chronique, 1997, pp. 508-509.

[25] Memeteau (Gérard), « Devoir d'information et renversement de la charge de la preuve », *Médecine et droit*, n° 24, 1997, p. 10.

quelque peu scientiste de la médecine elle entend être dans le droit fil des exigences déontologiques classiques et ménager les situations difficiles[26].

Ce que remettent en cause ces arrêts c'est la distinction souvent invoquée entre la formation du contrat et son exécution, entre l'accord initial des volontés contractantes et les assentiments donnés par le malade aux actes médicaux[27]. Mais cette distinction correspond-elle encore à la réalité des choses ? Et a-t-elle même un jour eu quelque pertinence ? On peut penser — non sans raisons — que ces arrêts qui reviennent à une conception antérieure à 1951, en augmentant les conditions de la validité du contrat médical en nient la spécificité et le vouent à une dérive commerciale en permettant à son endroit l'application de la théorie des vices du consentement. Le risque existe probablement et ledit contrat médical ne doit pas devenir un contrat comme les autres. Mais c'est par un bien étrange paradoxe que l'entente médecin/malade se manifeste aujourd'hui comme n'étant pas un contrat au moment même où des décisions de justice semblent l'inclure encore davantage dans le régime contractuel. A notre sens ce qui ce produit est de même nature que ce qui s'est passé en matière de législation sur l'expérimentation[28]. Un vocabulaire issu du droit des contrats se trouve conservé et ce que certains appellent une négation de la spécificité du contrat médical est en fait la révélation du caractère non contractuel de la relation médicale. Ce n'est pas l'exigence du consentement qui entre en contradiction avec une situation contractuelle particulière, c'est le caractère particulier de cette situation et du consentement qui y est exigé qui sont niés par la persistance d'un regard contractualiste qui d'ailleurs ne peut persister qu'en réclamant le respect de son originalité.

L'idéal du sujet libre, autonome, éclairé, volontaire, reste une représentation qui a peu de chances de s'actualiser, spécialement dans les situations thérapeutiques. Mais la recherche et l'obtention du consentement ne signifient peut-être pas cela. C'est un mode d'organisation juridique qui est proposé, non pas égalitaire ou inégalitaire mais hiérarchique. C'est en cela que la rationalité — ou plus simplement la cohérence — de l'exigence forte du consentement du malade nous paraît davantage se modeler sur le droit public que sur le droit privé. Le malade est institué en autorité de contrôle qui exerce moins des droits subjectifs qu'une *compétence* en vertu de sa situation ; peut-être pour approcher davantage le rôle dont il est investi faudrait-il parler de *droit subjectif public*. Ce contrôle, qui ici se confond avec sa vie, il l'exerce à partir de l'information qui lui est transmise par le médecin qu'il nous faut alors considérer comme un subordonné. Par consentement peut-être faut-il entendre cela : contrôle, terme dont le sens administratif trouve son origine dans l'idée de registre tenu en double[29]. Dans cette autorité recherchée, ce n'est pas le sujet privé qui est visé mais le citoyen qui exige, à partir de la

---

[26] Sargos (Pierre), conseiller rapporteur à la Cour de cassation, « Obligation de moyens et obligation de résultat » in *Médecine et droit*, *op. cit.*, pp. 2-5.

[27] Nerson, *art. cit.*, p. 877.

[28] Dominique Thouvenin a très bien montré, au niveau de la loi de 1988 sur l'expérimentation combien la persistance d'une compréhension privatiste du terme de consentement contrariait l'émergence du véritable sens de ce texte, *art. cit.*, p. 110.

situation particulière de malade où il se trouve, le respect d'un principe qui ne souffre en droit aucune exception ni restriction dans son énonciation. C'est une dimension sociale globale qui est recherchée et qui dépasse dans son sens et dans sa portée le cadre de la relation duelle où elle se réalise. Que dans le concret des situations le principe doive se plier aux contraintes des cas ne signifie pas qu'il soit très hypothétique mais que, pour le maintenir, il convient de trouver le cadre qui est, par lui, exigé.

L'exercice libéral de la médecine n'est jamais un exercice privé. Et même si l'on continue à parler de contrats, les récents arrêts de la Cour de Cassation nous semblent trouver leur sens dans ce que Jean Carbonnier qualifie précisément de civisme contractuel[30]. Mais que gagne-t-on à regarder ainsi les choses : sujet éclairé ou autorité de contrôle, l'individu malade ne reste-t-il pas le même, avec ses mêmes faiblesses et son même courage ? Peut-être, mais là n'est pas la question. Le modèle public comprend l'individu dans un autre ensemble que le modèle privé et avec d'autres références. Et ce qui nous apparaît très intéressant c'est précisément de voir, sur des lieux où les rapports sociaux luttent pour conserver leur dimension humaine, persister le refus parfois dénié du modèle triste du contrat. Le retour du style du raisonnement de droit public a des raisons plus profondes que les causes objectives qui sont liées aux nouvelles allures de la médecine. Il ne s'oppose en rien à la qualité des rapports entre individus, il lui donne au contraire la possibilité de se conserver.

---

[29] Nous nous inspirons ici de l'ouvrage de Demichel (André), *Le droit administratif, essai de réflexion théorique*, Paris, LGDJ, 1978, pp. 64,67 et 119.

[30] Carbonnier (Jean), *op. cit.*, tome 2, p. 390.