

Les juristes savent, mais...

De l'image de l'homme en droit

HP. Kuhn, avocat, secrétaire général adjoint de la FMH

Dans cette édition du Bulletin des médecins suisses, j'ai tenté [1], en me référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral et à divers représentants de la doctrine juridique, de montrer, sous l'angle du droit, quels sont les éléments importants en ce qui concerne l'entretien d'information précédant une opération. La jurisprudence et la doctrine montrent que la question essentielle est l'idée que le juge (ou en général le juriste) se fait du patient lors d'un litige. Quelles informations le patient moyen dit raisonnable est-il en mesure de comprendre et de supporter et en quelle quantité? Et de tout cela, qu'est-ce qui est vraiment nécessaire pour sa décision de se faire opérer ou non?

Autre question: Mme Durant ou M. Dupont, dont l'opération qui a eu des suites négatives est à l'origine de l'affaire jugée ou de la tentative de conciliation extrajudiciaire, sont-ils de tels patients moyens?

La réponse à ces questions dépend aussi bien de l'expérience et de l'attitude scientifique que de la représentation qu'on a de l'homme. En effet, dans le genre du message sprayé qui ornaît le mur du conservatoire de musique de Berne dans les années 80, on pourrait dire: «Ne connaître que le droit, c'est n'y avoir rien compris».

En tant que juristes, nous sommes (semble-t-il) pleinement conscients de nos difficultés de perception de la réalité et de la nécessité de réfléchir à l'image de l'homme.

Un essai publié récemment par le professeur de droit civil fribourgeois Peter Gauch [2] illustre cela de fort brillante façon: «Ainsi se confirme l'image d'un jugement portant le sceau personnel du juge. Même l'homme raisonnable», dont il sera question plus loin, prend forme dans la vision subjective du juge lorsque

celui-ci évalue de son point de vue ce qu'un tel homme aime à faire ou à ne pas faire, ce qu'il veut ou ce qu'il comprend, *ce qu'il souhaiterait, ce qui est raisonnable pour lui* [mises en évidence: Kuhn], ce qu'il envisage ou non. Car quel juge serait-il déraisonnable au point de considérer son propre raisonnement comme étant défaillant?» [3] «Le modèle idéal auquel se réfère le juge lorsqu'il applique le principe de la confiance, interprète des contrats, complète des conventions ou évalue la diligence exigible est l'homme raisonnable: la «reasonable person» et non pas la «relational person.» [4] «[L'homme raisonnable] reflète cependant, chez beaucoup, une optique de la vie où la raison prévaut sans tenir compte de l'influence du *sentiment* sur la *rationalité*. Quiconque reste prisonnier d'une telle conception du monde pourrait bien ne pas comprendre grand chose de l'être humain véritable.» [5] «La perception de chacun est influencée par sa propre occupation. Cela est particulièrement vrai pour les juristes qui risquent souvent de ne plus pouvoir enregistrer la réalité que dans la mesure où elle est juridiquement importante.» [6, 7]*

«Un autre point faible réside dans les limites du droit, qui se concentre tellement sur les normes juridiques qu'il en vient à négliger la vie juridique située juste au-dessus. *En Suisse, il n'y a pas de recherche fondamentale empirique* s'intéressant aussi, dans une mesure souhaitable, au contexte social et émotionnel de la réalité juridique. C'est pourquoi, il n'existe, chez nous, aucune étude complète sur la question de savoir comment les relations sociales et les pensées émotionnelles des juges, des gens de loi, des avocats et des autres protagonistes influencent les aspects pratiques de la vie juridique.» [8]*

Il n'est donc pas étonnant que la formation de juriste à l'université, déjà, puisse amener les étudiants à accorder une trop grande importance aux notions juridiques et à négliger les questions réelles. «Les concepts juridiques que nous présentons limitent l'angle de vision des étudiants comme des œillères. *P.S. Atiyah* [cité par Gauch] a exprimé ce problème de la façon suivante: «Nobody with any experience of legal teaching can doubt the power which legal concepts exercise over the minds of law students. Once a set of concepts falling into some overall pattern is grasped, the student often becomes incapable of seeing the physical facts themselves except through the conceptual process. Facts and events cease to be seen as physical occurrences and come to be seen as falling naturally into conceptual pigeon-holes.»*»

* Traduction FMH

Correspondance:
Hanspeter Kuhn, avocat
FMH
Elfenstrasse 18
CH-3000 Berne 16

«Informed consent – must it remain a fairy tale?» [9]

Nous autres, juristes, ne pouvons pas simplement établir par la logique, en nous fondant sur notre propre discipline, si le concept du «consentement éclairé» est réalisable ou s'il est illusoire. C'est pourquoi, juristes et médecins dépendent, les uns comme les autres, des résultats de la recherche dans ce domaine.

La médecine connaît-elle la réponse? Le manuscrit original en langue anglaise de l'exposé du professeur *Jay Katz* à Verbier [10], en 1993, se terminait en ces termes:

I do not know whether my vision of a new physician-patient relationship defies medical reality, i.e., is oblivious to patients' "need created by illness". Thus, I may be wrong and I am willing to entertain this possibility as long as my critics are willing to admit that they too may be wrong. As a profession we have never examined and tested in a committed manner what I have proposed. Instead, in our pursuits we have concentrated our efforts on scientific and technological progress. We have not brought that same scientific commitment to the study of the physician-patient relationship.

The value of abiding truthfulness has always guided scientific pursuits. In this age of medical science *we must study with equal scientific relentlessness whether truthfulness can guide human interactions as well.* We need to learn whether trust in medicine can be based on truth and mutual assent rather than obedience and compliance. Is it necessary to ask ourselves whether we must rely on blind trust because even in the scientific practice of medicine we cannot trust ourselves or/and the other?

Références

- 1 Kuhn HP. L'information préopératoire du patient: un devoir d'optimisation. *Bull méd suisses* 2000;81(39):2180-93.
- 2 Gauch P. Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung. *Geschichten und Einsichten eines privaten Schuldrechtlers. RDS (Revue de droit suisse)* 2000/1/1:1-51.
Vu le caractère strictement scientifique des rubriques «Politique, économie et droit» et «Médecine» du Bulletin des médecins suisses, nous ne pouvons présenter ce texte de Gauch, du genre feuilletonesque, que sous la rubrique «Distillerie». Mais le fait que sous ces «Geschichten und Einsichten» se cache des notions tout à fait (et à bon droit!) sérieuses est visible pour trois raisons: l'ironie est depuis toujours l'un des moyens d'expression pour faire passer un message désagréable; Gauch a toujours maîtrisé l'art de présenter les réflexions juridiques de manière à les rendre avenantes; et, en 1990, il a publié, sur le même sujet, un texte sérieux – en des termes graves et clairs – qu'il aurait donc été possible de commenter dans la partie «sérieuse» du Bulletin des médecins suisses. Seulement voilà: l'essai de cette année contient, en comparaison avec le texte de 1990, beaucoup de nouvelles réflexions importantes. Il nous permet par conséquent de faire un plus grand pas en avant sur la question de l'image juridique de l'homme en rapport avec l'information du patient.
Bibliographie pour ceux qui s'intéresseraient au texte de 1990: Gauch P. Der vernünftige Mensch – ein Bild aus dem Obligationenrecht. Dans: Steinauer P-H (éd.). *L'image de l'homme en droit / Das Menschenbild im Recht*. Fribourg: Editions universitaires; 1990. p. 177-204.
- 3 Gauch P. Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung. *Geschichten und Einsichten eines privaten Schuldrechtlers. RDS* 2000/1/1; p. 32.
- 4 Gauch, loc. cit., p. 36.
- 5 Loc. cit., p. 37.
- 6 Loc. cit., p. 6.
- 7 Ajoutons juste que le texte de Gauch contient encore la phrase suivante: «A noter que, jusqu'ici, même la législation agit dans un univers étranger à la réalité, comme le démontre de manière tragique la nouvelle loi sur l'assurance-maladie.»
- 8 Gauch, loc. cit., p. 29.
- 9 «Informed consent – must it remain a fairy tale?» C'est là le titre de l'exposé tenu en anglais à Verbier, en septembre 1993, par le médecin américain Jay Katz, l'un des rares médecins à enseigner dans une faculté de droit. Le texte de l'exposé peut être consulté en français dans le fascicule du Congrès: «Le consentement éclairé du patient: Comment briser le mur du silence?» Sion: Institut Universitaire Kurt Bösch, IKB; 1993.
- 10 Le manuscrit anglais peut être obtenu au prix coûtant auprès du service juridique de la FMH, Elfenstrasse 18, 3000 Berne 16, tél. 031 359 11 11, fax 031 359 11 12, e-mail fmhrecht@hin.ch.

Deutsch erschienen in Nr. 34/2000