

DOSSIER

Médiation et Santé

Ce numéro double de Médiations et Sociétés est consacré à la pratique de la médiation dans le domaine de la santé. Les différents auteurs de ce dossier dirigé par Michèle Guillaume-Hofnung, partagent avec nous leurs témoignages, réflexions et sentiments sur ce qu'est, devrait être ou aurait pu être la médiation dans leur milieu professionnel. Il en ressort un réel besoin de médiation dans le monde de la santé aussi bien du côté des personnels soignants et administratifs que du côté des patients et de leur proches.

> Page 16

Médiation, éthique et démocratie
sanitaire

Par Michèle Guillaume-Hofnung

> Page 25

Une analyse fine des besoins de
médiation

Par Marie-Andrée Sadot

> Page 28

La médiation en soins palliatifs

Par Fabrice Prudhon

> Page 32

La médiation et la santé de l'enfant

Par Chantal Bourgin

> Page 37

La crise hospitalière et le besoin

de médiation

Par Jean-Marie Clément

> Page 39

Un tri lucide des réponses.

Un exemple de négligence
terminologique

Par J. Hureau et P. de Fontbressin

> Page 45

Un exemple de vigilance

terminologique

par Monique Jafflin

> Page 51

Préconisation pour une médiation
effective et efficace

Par Guy Lesoeur

> Page 54

Le désenclavement du juridique.

Pour une coopération médecin-
médiateur

Par Alain Roy

> Page 56

La présence d'un tiers à l'hôpital

Par Chantal Deschamps

Plus loin dans le Dossier :

> Page 59

Accompagnement psychologique
du malade, une médiation entre
l'humain et la souffrance

Entretien avec Stéphane
Jaugé, psychoclinicienne et
psychothérapeute

Médiation, et éthique démocratie sanitaire

Plus qu'il n'y paraît, la médiation occupe une place prépondérante dans la perception du malade et de la maladie, que ce soit pour l'équipe médicale ou pour le patient lui-même.

Michèle Guillaume Hofnung nous présente l'état actuel de la relation entre médiation et santé. Les besoins de médiation et d'intervention d'un tiers deviennent incontournables dans la gestion du conflit comme dans la guérison du malade.

Qu'on la définisse :

- ... " Processus de création et de réparation du lien social et de règlement des conflits de la vie quotidienne, dans lequel un tiers impartial et indépendant tente, à travers l'organisation d'échanges entre les personnes ou les institutions de les aider à améliorer une relation ou de régler un conflit qui les oppose". Selon la recommandation des experts de l'Union Européenne, très proche de ma proposition de départ. (actes du séminaire de Créteil, pp.12, 70 et 128, éd. DIV 2001)

- ou, comme le Conseil national consultatif de la médiation familiale auquel l'arrêté conjoint de la Garde des Sceaux et de la ministre de la famille confie à cette mission : " un processus de construction ou de reconstruction du lien familial, axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lequel un tiers, impartial, indépendant et qualifié et sans pouvoir de décision : le médiateur familial favorise à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution."

- ou selon une étape supplémentaire s'appuyant sur ces acquis pour atteindre

l'essence de la médiation : un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers - impartial, indépendant, sans pouvoir de trancher ou de proposer (sans pouvoir décisionnel ou consultatif) avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs (les partenaires à la médiation), - favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause.

- définitions qui ont en commun :

. d'avoir été pensées dans le respect de l'unité fondamentale de la médiation, et dans la plénitude de ses fonctions. En enlevant mentalement l'adjectif social ou familial, elles valent pour tous les secteurs de médiation par simple adaptation de l'adjectif, ce qui évite son atomisation en secteurs,
. d'insister sur la totalité de ses fonctions : la construction comme la reconstruction du lien social, en reléguant la fonction de gestion des conflits (prévention ou règlement) en fin de définition.

Très précises grâce aux critères du tiers et du processus, en même temps elles décollent la médiation de l'indifférencié para-juridictionnel.

- ou qu'on la réduise à un mode alternatif

de règlement des conflits (un MARC) comme dans le « Livre vert » de l'Union Européenne.

La médiation est un concept rigoureux, en dépit du flou terminologique dû aux contrefaçons désireuses de capter son image, ou tout simplement à la négligence de ses promoteurs. Elle se trouve au milieu d'un gué que seule une prise de conscience salutaire lui permettra de franchir sans tomber dans un indifférencié à terme destructeur.

Au primat de l'urgence pratique qui a prévalu jusque dans les années 1999-2000, qui consistait à opposer aux vigilances terminologiques un supposé réalisme « peu importe le mot utilisé conciliation, médiation, ce qui compte c'est de faire », a enfin succédé une phase de primat de l'urgence théorique, qui a abouti à l'élaboration d'un « SMIC » (seuil minimum d'intelligibilité conceptuelle), qui comme son homologue économique (le salaire minimum interprofessionnel de croissance) devrait permettre sa survie.

Deux critères lui assurent une définition suffisamment rigoureuse pour rompre avec le syncrétisme qui l'a menacée, mais suffisamment large pour ne pas la tronquer ou la sclérosier.

Les deux critères de la médiation.

L'intervention d'un tiers tout d'abord

Elle sort les médiateurs d'un face à face réducteur. Ce noyau dur de la médiation la distingue à coup sûr de la négociation ou de la conciliation qui laissent en présence deux parties en conflit, chercher une solution avec l'assistance éventuelle d'avocats, d'experts. Le tiers joue un rôle important dans de nombreuses théories qu'il s'agisse du dépassement du rapport dialectique pour Hegel, de la figure du tiers impartial pour Simmel (v. J. Freund, Sociologie du conflit, Paris, PUF, 1983).

Dans la définition de la médiation, il doit cumuler des qualités précises (neutralité, indépendance), ayant pour objectif d'en faire un tiers mettant en œuvre un processus vraiment ternaire (l'absence de pouvoir institutionnel du

tiers). Tout troisième n'est pas tiers. En effet, dans le langage juridique, l'extériorité constitue le signe distinctif du tiers, donc si le troisième entretient un lien juridique, de subordination ou de représentation (c'est le cas de l'avocat) avec un des médiateurs, il ne sera pas tiers. Il pourra être conciliateur, puisqu'on peut se concilier à deux, mais pas médiateur.

Le processus de médiation

La médiation repose sur un processus propre, qui ne se réduit pas à une procédure informelle de gestion des réclamations. L'absence de pouvoirs impose une méthode très précise, et interdit de trancher ou d'influencer selon un système binaire. Les deux grandes sortes de médiation (la médiation de différends et la médiation de différences) requièrent la même méthode exigeante respectueuse de la complexité des situations humaines, comme de la liberté des partenaires.

Le passage du deux au trois est l'autre caractéristique qui marque le plus le processus de la médiation. Il va imposer de se démarquer de la représentation, la prise de partie, l'identification, l'assistanat.

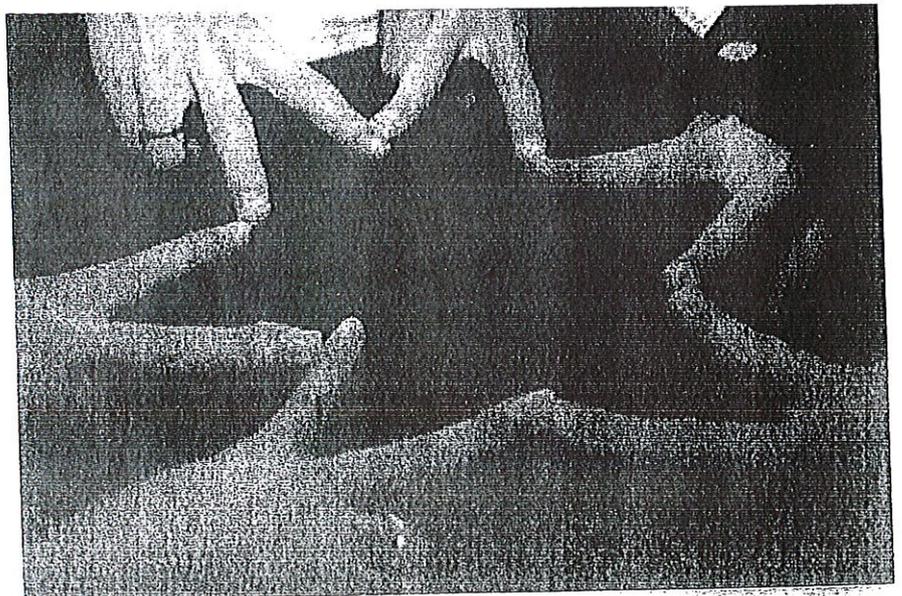
Le processus repose sur l'autonomie de la volonté des personnes concernées y compris le médiateur, et sur leur responsabilité.

Pour cette raison il faudrait prêter une plus grande attention à l'élément

Le processus
repose sur
l'autonomie
de la volonté
des personnes
concernées
y compris le
médiateur, et sur
leur responsabilité.

intentionnel de la médiation, au lieu de se contenter d'une intention indifférenciée de se tourner vers un MARC quel qu'il soit. L'*animus* devrait être clairement identifié, l'*animus* de médiation ne se confond pas avec celui de conciliation ou de transaction ou de négociation.

La terminologie, utilisée dans le processus de médiation révèle tout un état d'esprit. On ne parle pas de parties, même dans l'hypothèse d'une médiation de conflits, car la notion de partie appartient à une pensée binaire. Elle opère une partition entre des éléments en situation complexe, en particulier elle



occulte le fait que les deux éléments sont aussi les partenaires de ce conflit, qu'ils l'ont forgée et qu'ils ont ce conflit en commun (parfois le seul lien qui subsiste).

Qu'il s'agisse de la médiation de différences, ces différences qui font la complexité et donc la difficulté des relations humaines, ou de la médiation de différends quand les différences font conflit au lieu de faire richesse, la médiation s'étend à tous les secteurs de l'activité humaine. Elle commence à se développer dans le domaine de la santé. A un moment où comme on vient de le voir son statut épistémologique s'affermir, il serait regrettable de ne pas capitaliser l'acquis conceptuel permettant d'éviter dans un domaine où ils seraient particulièrement dommageables, celui de la santé, les faits mal accomplis, résultant du mal nommé qui révèle les lacunes de la préparation de l'action.

MÉDIATION ET SANTÉ, intervient donc à un moment favorable :

- il n'existe pas encore d'erreur difficilement réversible. D'autant que des acteurs majeurs, comme en témoigne la rectification terminologique opérée par la loi du 13 août 2005 relative à l'assurance maladie, se sont montrés accessibles à la réflexion terminologique
- les acquis existant au stade actuel du développement de la médiation dans le domaine de la santé sont plus consistants et donc plus protecteurs que dans les secteurs qui ont « essuyé les plâtres ». Peut-être pourrait-on grâce à ce numéro spécial lui épargner les inconvénients du jeu erreur par précipitation-corrrection tardive qui a jalonné le développement chaotique qu'elle a subi dans d'autres secteurs ?

Le développement de la médiation dans le secteur de la santé, requiert :

- une analyse fine des besoins de médiation
- un tri lucide des réponses qualifiées telles
- des préconisations prospectives en vue d'une médiation efficace

Les articles demandés illustreront les trois thèmes qui donnent sa cohérence au présent numéro.

Une analyse fine des besoins de médiation

On a trop tendance à globaliser la médiation, le besoin de chercher à régler autrement ses conflits en présence d'un médiateur, n'est pas le même que celui de pouvoir communiquer là où en raison d'une culture de non communication ou d'une inégalité entre les partenaires, la communication ne s'établira pas sans médiation délibérément prévue. Le colloque singulier qui fait la beauté de la relation de soin ne fonctionne pas toujours.

On peut difficilement se contenter d'affirmer globalement un besoin de médiation au singulier, car l'analyse soigneuse des demandes de médiation permet de discerner un écart important entre le besoin de règlement amiable des conflits et le besoin de communication éthique.

Le besoin de règlement amiable des conflits :

Il s'agit d'un besoin de type managérial qui correspond à plusieurs objectifs, communs à tous les MARC :

- l'évitement juridictionnel. Ce mouvement affecte aussi bien les juridictions judiciaires que les juridictions administratives, auxquelles on reproche leur formalisme, leur lenteur et les coûts induits, en même temps que leur mode binaire de trancher

- la gestion des ressources humaines : s'il reste difficile d'évaluer le coût de la conflictualité, on mesure la gêne qu'elle occasionne dans un milieu qui doit « placer le malade au centre du système de soin », pour adopter la formule mise en avant dans les procédures d'accréditation. On peut avancer l'hypothèse que les conflits au sein du système de soins sont presque tous des conflits de type interculturel, à commencer par ceux qui opposent la hiérarchie des soignants à celle des administratifs. Le rapport de santé s'inscrit très souvent dans un cadre relationnel asymétrique.

- l'apaisement relationnel : on connaît les inconvénients de la conflictualité croissante entre les personnels soignants, les patients et leurs familles.

Les tensions relationnelles engendrées par les conflits nuisent au déroulement serein des soins, quand elles ne provoquent pas une pathologie.

Le recours au MARC répond au besoin d'apaiser le règlement des conflits et permet le maintien ultérieur des relations entre les parties. La nécessité de préserver la relation de confiance entre le malade et les soignants, fonde l'intérêt pour des modes amiables de droit commun en ce qu'ils favorisent la discussion, l'information, et évitent le caractère public de la scène juridictionnelle, avec les inévitables atteintes à la réputation du professionnel de santé. La spécificité des relations de confiance caractérisant le rapport malade-soignant a conduit à compléter ce dispositif par des pistes plus spécifiques. Le rapport 16/99 de l'IGAS sur la responsabilité et l'indemnisation de l'aléa thérapeutique y invite.

Quelle que soit l'importance, surtout dans la perspective de pénurie qui s'ouvre devant nous, des considérations managériales qui ont conduit au développement des MARC, c'est avant tout de l'humain qu'il s'agit quand on aborde le thème de la médiation (article de M. Sadot). Quel est le sens du soin ?

Le besoin de communication éthique : la médiation élément du système de soins et de la nouvelle gouvernance

Parmi les moyens d'évaluation du besoin de médiation on citera :

- la synthèse des « Etats généraux de la santé » organisés par le gouvernement de septembre 1998 à mars 1999

- le « Livre blanc de la Ligue Nationale Contre le Cancer » après l'organisation le 28 novembre 1998, des 1^{ers} Etats Généraux des malades du cancer « les malades prennent la parole » (éd. Ramsay 1999). Le rapport Evin « les droits de la personne malade », présenté au son de la section des affaires sociales, Avis et rapport du CE, JO, 18 juin 1996

- la relation médecin/malade face aux exigences de l'information, publié par l'espace éthique à la suite du colloque du 29 septembre 1998 ; La médiation dans la relation médecin/personne malade in 3^{ème} colloque de Bicêtre, 6

Situations de conflits ou ruptures du lien social, pouvant être des indications de la médiation
(Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, Guy LESOEURS et M° Edmond Le Borgne*)

* Avocat et président de l'Observatoire européen du droit médical et de la Santé

Soignant	<ul style="list-style-type: none"> - Lutte de pouvoirs, partage du travail, superposition des responsabilités, jalousies, malentendus, règlement de comptes, rancunes, reconnaissance, défaut d'information réciproque et non partage d'informations, territoires etc. - Lutttes confraternelles pour hiérarchie ou mixité des modes d'exercice, organisation des soins, mésententes au sein de l'équipe soignante. - Changements de prescription, demandes contradictoires d'examens complémentaires, désaccords sur la confidentialité, sur l'annonce de la maladie grave, management du chef de service. - Recherche clinique : désaccords sur protocoles, partage des secrétariats et des consultations, périodes de congé et de remplacement, heures supplémentaires. - L'attribution des budgets et la tarification à l'activité sont de nouveaux domaines qui pourront majorer tous les exemples déjà cités. - C'est mon patient ! - Visions différentes de la médecine (paternaliste/participative), comportement condamateur (SIDA), défaut d'information, consentement au soin, décalage entre info donnée et info acquise (Internet), refus du paternalisme et de l'infantilisation, personne de confiance. - Confidentialité, accompagnement et soins des enfants, prise en charge des personnes âgées, accueil (urgences réa). - Information de la famille, annonce de la mauvaise nouvelle, décisions à prendre, annonce du décès, don d'organes, prélèvements, acharnement thérapeutique. - Questionnement éthique, contraception, IVG, euthanasie. - Prise en compte aspects multiculturels. - En général, tout ce qui relève des conflits employés/employeur, reconnaissance des compétences et de la valeur ajoutée, dépassement des horaires, heures supplémentaires, cas des soignants à diplôme étranger, refus de prendre les patients en fin de vie. - Disponibilité des examens complémentaires, du radio-diagnostic, des traitements chimiothérapeutiques et rayons ionisants. - Disponibilité des lits.
Patient	<ul style="list-style-type: none"> - Refus de soin, impératifs religieux, refus d'examens douloureux Information tronquée ou inexacte, mécontentement sur les soins, l'opération. le post-opératoire. - Maladies nosocomiales, transfusion sanguine, mise en doute du pouvoir médical (SIDA, cancer), répétition d'examens diagnostiques, suivi thérapeutique et relais par praticien de ville, dossier médical. - Problème de partage de chambre, promiscuité, hygiène, odeurs, confidentialité, bruit, ronflement, gémissements, TV, téléphones fixes, portables, visites trop longues. - Incivilité aux urgences, salle d'attente, ingérence. - Infantilisation/paternalisme, mesures de sauvegarde, formalités, tutelle, cas des malades psychiatriques. - Hôtellerie, hébergement, paperasserie, accueil, sortie, cohérence, fonctionnement.
Famille	<ul style="list-style-type: none"> - Acharnement thérapeutique. - Interdiction de visite. - Perturbation du travail du service. - Règles hygiéno-diététiques, bruit, Visite en dehors des heures, Visites à plusieurs. - Accès au dossier médical, confidentialité, ingérence vie privée. - Patient sur-protégé, patient « abandonné ». - Enjeux générationnels, familles recomposées, tours de visite auprès du malade, décisions collégiales encas de greffe. - Patients étrangers. - Exigences particulières. - Interventions « politiques » et passe-droit. - Litiges financiers.
Etablissement	<ul style="list-style-type: none"> - Pouvoir administratif. - Mesures de rétorsion. - Remise en question politique. - Désaccord sur objectifs. - Maladies nosocomiales, décès accidentels, erreurs de diagnostic, erreurs de traitements. - Système de paiement, paiement d'avance, tiers payant. - Privé/public. - Partage de dossiers, notoriété, publicité, soignants « partagés ».



octobre 2000.

- Plus spécifiquement, le colloque « Hôpital et médiation » que j'ai organisé le 11 novembre 1999 à la Faculté Jean Monnet de Paris 11, avec l'Espace Éthique de l'AP/HP et le soutien financier de l'AFM ; la Ligue Nationale Contre le Cancer et la mutualité française.

« Je n'entends pas le grec » cette sèche réplique d'Angélique ne vaut pas que pour Diafoirus, caricature de médecin, tant il est vrai que d'une manière générale les patients n'entendent pas la parole des soignants en dépit d'efforts réciproques. Le médecin, malade, n'échappe pas au phénomène.

La maladie est un pays dont les ressortissants perdent le bénéfice de leurs anciens outils de communication, à un moment où, pourtant, ils ressentent un besoin accru de communiquer et surtout d'être entendus. Face à la multiplication des défis éthiques, la médiation parce qu'elle repose sur le tiers et respecte un processus fondé sur l'autonomie et la co-responsabilité des personnes concernées correspond à un besoin de garantie éthique.

Dans le domaine de la santé la médiation est presque toujours interculturelle

Comment expliquer le paradoxe d'un système de soin de plus en plus performant qui engendre pourtant une grande

La difficulté de réfléchir ensemble constitue un autre défi éthique : la médiation permettrait de mettre en commun les facettes multiculturelles d'une situation et les éléments transdisciplinaires de sa solution.

insatisfaction ? En grande partie par un déficit de prise en compte de la parole des usagers, par un manque de moins en moins bien supporté de communication.

Des gens qui écoutent il y en a, les psychologues en particulier.

Des gens qui parlent ou qui voudraient parler, il y en a encore plus.

Des gens qui communiquent, il y en a très peu finalement car peu de paroles ont le même niveau.

La parole se répartit entre des niveaux sociaux ou statutaires très hiérarchisés. Il y a la parole des médecins (avec les modulations institutionnelles qui va de la parole du professeur

à la parole du « simple » médecin), des membres non médecins de l'équipe, des rouages de l'institution de soin, des malades (souvent usagers d'un service public) et enfin de la famille à la place rarement définie mais toujours inconfortable, pour elle comme pour les partenaires du système hospitalier.

La parole se répartit entre des niveaux de sensibilité différents, des références hétérogènes. La qualité technique du soin ne suffit plus à fédérer.

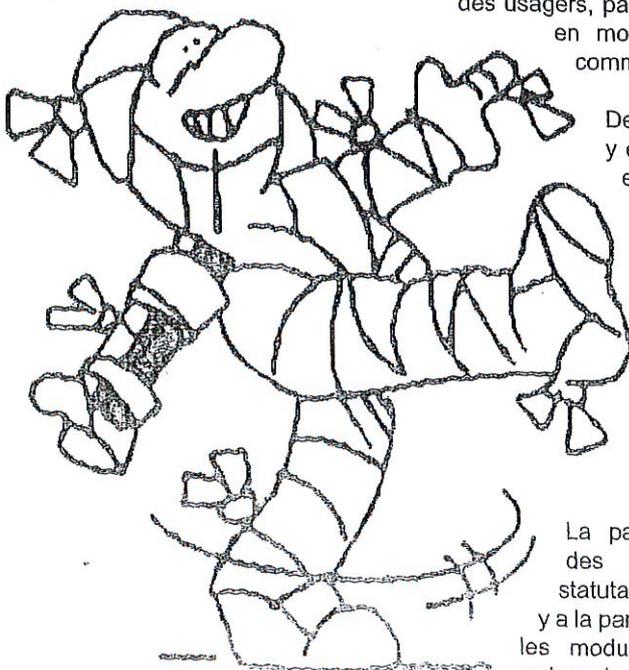
Des décalages, des incompréhensions résultent nécessairement de la diversité des paroles qui s'entrecroisent dans cet univers si particulier qu'est l'hôpital. Pour les malades, en situation de vulnérabilité, le déficit de communication est aujourd'hui mal vécu. La qualité de la communication médicale devient un élément de la qualité des soins et constitue autant de défis éthiques.

On peut donner des exemples très concrets de situations où la culture soignante a du mal à intégrer d'autres valeurs que celles du bon soin tel qu'elle le conçoit. La recherche du consentement éclairé constitue probablement la plus emblématique des formules qui depuis quelques années, reflètent le souci d'une éthique se voulant plus décentrée.

On sait pourtant qu'elle peut se limiter à une invocation logomachique tant elle est difficile à atteindre sans la médiation d'un tiers, garant de la réalité de l'information et du consentement. Opinion partagée par le Pr SICARD in Hôpital et médiation (p.73). En donnant de l'effectivité au droit à l'information, droit que la Cour de Cassation fonde sur « le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (Cass.civ. 1°, 9 octobre 2001), la médiation constitue un pilier de la démocratie sanitaire et de l'éthique délibérative.

Sans un repositionnement vers la médiation, le conseil en génétique ne risque-t-il pas, lui aussi de déboucher sur une expertise difficile à discuter ?

La difficulté de réfléchir ensemble constitue un autre défi éthique : la médiation permettrait de mettre en commun les facettes multiculturelles d'une situation et les éléments transdisciplinaires de sa solution. La



réflexion collective loin de décharger les soignants de la responsabilité individuelle nécessite un engagement personnel plus fort pour exposer son point de vue.

Délibérer c'est réunir les opinions en faisant aller plus loin la justification de chaque point de vue, pour aboutir non au plus grand dénominateur commun mais à la préservation de l'essentiel. Mais, comment surmonter ce qu'A.G. Slama appelle "la massivité offensive du relativisme" sans pour autant trancher autoritairement ?

La médiation grâce à la maïeutique de son processus, renforçant la raison normatrice de chacun, permet une hiérarchisation des valeurs.

Le défi éthique de la réalité du patient. Seul un tiers extérieur au système que finissent par former les soignants et la famille peut rompre le pieux silence dans lequel on enferme le malade à l'approche de la mort le privant ainsi d'un précieux élément de décisions tant médicales que personnelles qu'il n'aura plus l'occasion de prendre.

Le travail en réseau va se développer dans les années qui viennent, outre qu'il va mettre en synergie des intervenants aux cultures professionnelles différentes, il risque de tourner autour du patient sans que ce dernier en soit réellement le centre. La médiation peut contribuer à relever le défi de la recherche du sens dans le cadre du travail en réseau.

La relation de soin ne peut s'inscrire dans un huis clos qu'il soit sanitaire ou familial.

A un moment où le thème de la nouvelle gouvernance émerge fortement, la médiation devrait bénéficier d'une attention particulière. Les thèmes qui constituent les piliers de « la nouvelle gouvernance hospitalière » (Michel Crémadez, revue hospitalière de France, n° 490, p.42 s) ne peuvent se passer de l'apport d'un processus de communication éthique qui redistribue vraiment les cartes aussi bien parmi les acteurs du système de soin, qu'ils soient administratifs ou soignants, qu'entre eux, les patients et leurs familles.

La médiation a vocation à s'inscrire au coeur de la proximologie, discipline récente consacrée aux entourages des

Délibérer c'est réunir les opinions en faisant aller plus loin la justification de chaque point de vue, pour aboutir non au plus grand dénominateur commun mais à la préservation de l'essentiel.

malades.

Un tri lucide et urgent des réponses parce que mal nommer c'est se condamner à mal faire

Cela s'avère particulièrement indispensable pour éviter que le poids du mal nommé ne bloque les rectifications encore possibles à ce stade du développement de la médiation dans le secteur de la santé.

Le paradoxe du primat de l'urgence pratique étant de nuire à la pratique.

D'une manière générale, on peut résumer ainsi les causes principales de la contrefaçon de médiation :

- Les deux syndromes de la médiation. Dans le syndrome de M. Jourdain, on pense faire de la médiation, comme M. Jourdain faisait de la prose : sans le savoir. Dans le syndrome du médiateur naturel, on pense tirer de son statut personnel ou professionnel une posture innée de médiateur. Les deux syndromes conduisent à se dispenser de réflexion et de formation.

- Le caractère insupportable du tiers constitue la cause principale du

recours à la contrefaçon. Alors qu'on peut se concilier à deux, la médiation ne peut se passer du tiers, or ce tiers est insupportable, d'où la tentation de le remplacer par un trompe-l'œil, car tout troisième n'est pas tiers. Quand il est « médiateur » interne il est en réalité un conciliateur. Les contrefaçons affectent surtout les réponses à la demande de médiation de règlement des conflits. A la demande de médiation de règlement de conflit répond le plus souvent une offre de conciliation qualifiée abusivement médiation. Trois arguments conduiraient à préférer le terme conciliation :

- Les « médiateurs » reçoivent le plus souvent la mission de parvenir à une conciliation. L'article 2-8° du décret n° 2004-775 du 29 juillet 2004 (art. R.1142-23) illustre cette dérive, qui confie aux « médiateurs indépendants » auxquels les CRCI peuvent déléguer leur mission de conciliation le soin de mener la conciliation dans les conditions prévues à l'article R.1142-22. « En cas de conciliation totale ou partielle, ils signent personnellement le document de conciliation...»

- ils ne sont pas tiers par rapport à l'institution soignante ou la compagnie d'assurance. La quasi totalité des « médiateurs » institutionnels sont des conciliateurs chargés dans le cadre de la gestion interne des réclamations de désamorcer les recours juridictionnels. Ils sont « médiateurs internes », le deuxième élément niant le premier.

- ils n'appliquent pas de processus de communication entre les parties, mais règlent la réclamation sur dossier, selon des considérations de droit ou d'équité ou de réalisme financier. La nécessité pour les médiateurs nommés par les CRCI, de tenir compte du poids particulier de la compagnie d'assurance de l'établissement de soin, limite la liberté nécessaire au processus de médiation et les oriente plutôt vers une négociation.

La plupart des MARC contribue au règlement amiable des conflits en responsabilité médicale.

Une présentation générale s'avère indispensable pour permettre au

Michèle GUILLAUME-HOFNUNG extrait de "L'expertise médicale" (sous la direction des prs Hureau et Poitout, 2^eéd. Masson 2005)

PRÉSENTATION GÉNÉRALE

La terminologie classique, principalement issue du Code civil ne pose pas de problème. L'approximation commence avec la vague alternative.

Définitions : des notions et un concept clairs

Les notions : conciliation, transaction, arbitrage

La transaction occupe le chapitre 15 du code civil. L'article 2044 la définit comme un contrat par lequel les parties, au moyen de concessions réciproques, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Il impose la forme écrite. La transaction fait partie des contrats synallagmatiques, la réciprocité des concessions la distingue du désistement de caractère nécessairement unilatéral. Il en résulte qu'on ne peut l'envisager que si les parties peuvent invoquer des prétentions réciproques. Elle a toujours un objet pécuniaire. L'article 2052 du code civil lui confère autorité de chose jugée, elle règle définitivement le litige qui ne peut plus être porté devant un tribunal. Elle existe aussi en droit pénal. La transaction est un contrat qui produit à la fois des effets extinctifs en ce qu'il emporte renonciation à porter le conflit devant un juge, mais qui crée de nouvelles obligations. La transaction va plus loin que le simple protocole d'accord, qui n'éteint pas le droit d'agir en justice, tout en témoignant d'un accord certes, mais provisoire.

D'une manière générale, la transaction est le point d'aboutissement vers lequel tendent les modes de règlement amiable.

L'arbitrage auquel le code civil consacre son titre 16, et le code de procédure civile son livre 4 (articles 1442 à 1507) tient une place particulière, puisque, contrairement aux autres MARC, il est quand même un mode juridictionnel mais, non étatique. Il constitue une dérogation partielle au monopole de la justice de l'Etat. C'est une procédure par laquelle les parties à un litige conviennent de le porter devant un arbitre que le code de procédure civile désigne sous l'expression tribunal arbitral. Elle débouche, non sur un simple avis, mais sur une sentence arbitrale à valeur juridictionnelle. Cependant elle ne tirera force contraignante que par la procédure d'exequatur devant le président du TGI. L'article 1460 NCPC dispense les arbitres du respect des règles établies pour les tribunaux. On distingue plusieurs catégories d'arbitrage selon le degré de liberté des parties dans le recours à ce mode et dans le choix de l'arbitre. Entre l'arbitrage de nature contractuelle et l'arbitrage obligatoire dans la plupart de ses étapes il existe une large gamme de procédures. Si en règle générale les arbitres doivent appliquer le droit, ils peuvent tenir compte de l'équité quand les parties leur ont confié la mission de statuer en amiables compositeurs.

La conciliation ne bénéficie pas d'une définition législative, mais la doctrine la définit comme un mode de règlement des litiges grâce auquel les parties s'entendent directement pour y mettre fin, au besoin avec l'aide d'un tiers (conciliateur). La conciliation peut être un mode alternatif, mais il ne faut pas oublier qu'il peut être aussi juridictionnel car « il entre dans la mission du juge de concilier les parties » (article 21 NCPC). Depuis 1986 cela vaut aussi pour les cours administratives d'appel, et pour les tribunaux administratifs (art L.3 nouvel al.2 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel)

Le concept, la médiation

Pour qu'on puisse utiliser le terme médiation, il faut et il suffit que ses deux critères se trouvent rigoureusement respectés à savoir le tiers, et le processus. Elle bénéficie d'une autonomie conceptuelle résultant de la réalité du tiers et du caractère ternaire de son processus. Elle se distingue des modes alternatifs, simples notions pouvant se passer du tiers ou dans lesquelles le troisième, par manque d'extériorité par rapport à une des parties (l'hôpital, la compagnie d'assurance) n'est qu'une apparence de tiers, et qui de plus, reposent sur une procédure informelle dispensée de certaines lourdeurs de la procédure classique tout en lui empruntant son langage donc son esprit, mais non sur un processus original.

Deux différences notables distinguent les modes amiables de la médiation

- le tiers est facultatif dans la conciliation, la négociation, la transaction, alors que la médiation comme le jugement ou l'arbitrage est ternaire dans sa structure. En revanche à la différence des modes juridictionnels, binaires en ce qu'ils tranchent, la médiation est aussi ternaire dans son processus.
- la recherche de l'accord en est l'essence. La conciliation met l'accent sur l'accord amiable. Le terme conciliation désigne à la fois le résultat, l'accord amiable et le moyen d'y parvenir, l'homonymie entre la fin et le moyen éclaire la logique de la notion, l'accord amiable est ontologiquement inscrit dans le procédé. La fin justifiant le moyen, celui-ci mettra moins l'accent sur la qualité de l'expression des parties que sur leur accord.

praticien de se repérer dans le maquis d'une terminologie défailante.

Malgré la fiabilité des définitions qui précèdent, on retrouve la médiation dénaturée par son insertion dans la nébuleuse des MARC. Elle passe pour une équivalence de la conciliation quand ce n'est pas pour son auxiliaire. Le contentieux de la santé partage avec les autres contentieux cette regrettable confusion.

Cependant la réponse à la demande de communication éthique n'échappe pas aux tentatives d'évitement du tiers. Beaucoup d'établissements pensent répondre au besoin de médiation en mobilisant leurs psychologues ou leurs cadres infirmiers. Il ne s'agit pas de disqualifier leur intervention, il convient au contraire de leur attribuer le titre et le mérite qui conviennent, mais qui faute d'extériorité ne relève pas de la médiation. La place faite aux sciences humaines dans le système de soins a très certainement amélioré la situation des patients et de leur famille. Mais quelle que soit leur qualité, dans un certain nombre de cas, leur insertion dans le système limitera leur capacité d'intervention (parfois au contraire c'est cette appartenance qui rendra leur intervention supérieure). L'extériorité du médiateur peut seule remplacer une situation binaire, d'aide par une posture ternaire dynamisante. (Article

de Chantal Deschamps)

Pistes et préconisations

Si le développement de la médiation dans le secteur de la santé est prévisible et souhaitable, son orientation dépend de la vigilance à certaines données ou questions essentielles :

1) l'unité fondamentale de la médiation :

La médiation perdrait son sens et donc son utilité si chaque secteur qui s'y réfère exagèrait la spécificité de la médiation dans le secteur considéré et s'enfermait dans un repli identitaire. Face au risque d'atomisation de la médiation, le rappel de son unité fondamentale reste le meilleur garant.

Illustration par un cas pratique (VIGNETTE bleue ci-dessous)

Ce cas, parmi d'autres démontre l'impossibilité d'enfermer la médiation en secteurs spécialisés. Il s'agit au départ d'une médiation qu'on pourrait croire médicale puisque demandée comme telle par un médecin pour résoudre le conflit qui l'oppose à un patient dont il ne peut surmonter le refus de soin.

C'est parce
que le patient
se trouve dans
une impasse
familiale qu'il
ne se voit pas
d'avenir et
refuse le soin.

On découvre en cours de médiation que la clef est dans une médiation familiale. C'est parce que le patient se trouve dans une impasse familiale qu'il ne se voit pas d'avenir et refuse le soin. La médiatrice a dû opérer une médiation familiale à multiples facettes, en créant le lien avec la plus jeune des trois enfants, en le recréant avec les deux fils et en réglant un conflit très violent entre le malade et son épouse abandonnée. ●●●

Cas pratique

Monsieur L, 55 ans, est hospitalisé dans le service oncologie d'un grand hôpital parisien. L'équipe médicale, dirigée par le professeur X, lui propose un traitement qu'il refuse immédiatement.

Conformément aux textes régissant la profession médicale, les membres de l'équipe tentent de le faire revenir sur sa décision de refus de soins.

Monsieur L. persiste dans son refus. Il ne donne pas de justification au professeur, mais depuis que le traitement lui a été proposé, il se confie de plus en plus au personnel de salle puis à l'équipe infirmière, qui en font état lors d'une réunion d'état-major.

Voici ce qu'il en ressort :

M. L. a vécu maritalement avec Mme B. dont il a eu trois enfants, reconnus par lui : deux garçons et une fille. Aussitôt après la naissance de la troisième, M. L. s'est envolé, ne se manifestant que de manière intermittente, et de plus en plus rare. Il a vécu de nombreuses aventures sentimentales, ne se fixant jamais sérieusement. Sa dernière compagne, beaucoup plus jeune que lui, l'a quitté en apprenant sa maladie. M. L. s'ouvre de ses regrets et de ses remords. Il évoque souvent ses enfants, qui maintenant ont 21, 22 et 23 ans.

Il se déclare légitimement puni de son abandon, "je n'ai plus qu'à crever seul comme un chien que je suis" est une phrase récurrente.

Le chef de service à bout d'arguments, et persuadé de la nécessité du traitement ainsi que de la réalité du bénéfice durable qu'il apporterait à son patient, demande de tenter une médiation.

Par sa complexité, la réalité dépasse toujours la distinction entre la médiation de conflit et la médiation de lien.

Institut de Médiation Guillaume - Hofnung 176 H

La médiation n'est pas une sous-catégorie ni même un adjuvant de certaines techniques de résolution non juridictionnelle des conflits, elle n'est pas non plus une province de la Justice.

La nécessité corollaire d'une formation généraliste au processus de médiation.

Un médiateur ou une médiatrice formée à un domaine trop spécialisé dès le départ sera semblable au passant qui recherche désespérément, sous un réverbère, la montre qu'il a perdue ; non pas parce qu'elle y est, mais parce que c'est le seul endroit où il puisse chercher puisque c'est le seul éclairé !

2) son autonomie : dans un premier temps il faut la décrocher du juridique

Il ne faudra pas pour autant en faire une province de la médecine même si l'on peut envisager que des médecins la prescrive (article d'Alain Roy).

Pour exister, la médiation n'a besoin que du tiers et de son processus propre, fondements de son autonomie conceptuelle. La médiation n'est pas une sous-catégorie ni même un adjuvant de certaines techniques de résolution non juridictionnelle des conflits, elle

n'est pas non plus une province de la Justice.

La médiation est un des concepts majeurs de la philosophie, tous les dictionnaires de philosophie lui consacrent de consistantes définitions, ce qui n'est pas le cas de la conciliation ou de la négociation, simples notions. La définition de la médiation y est positive, elle sert à la construction, au dépassement. Sa définition se passe d'une référence au conflit, ou à la juridiction.

3) la professionnalisation ?

Il n'y a pas de contradiction entre l'affirmation de l'absolue nécessité d'une formation à la médiation et l'hésitation sur sa professionnalisation. La similitude avec l'éthique n'a rien d'étonnant.

La médiation comme l'éthique, sont l'affaire de tous, en faire l'apanage d'une profession constitue un contresens ontologique. Pour autant, certains peuvent faire profession de l'accompagnement à l'autonomie. Parce qu'elle est une maïeutique, la médiation écarte le risque de la professionnalisation d'une éthique de contenu.

On la voit à l'oeuvre dans certaines équipes mobiles de médiateur(e)s, qui ne fonctionnent pas en professionnel(le)s de l'éthique, mais en porteurs de pédagogie d'accompagnement (article du Df Prudhon).

Malgré la fiabilité des définitions qui précèdent, on retrouve la médiation

dénaturée par son insertion dans la nébuleuse des MARC. Elle passe pour une équivalence de la conciliation quand ce n'est pas pour son auxiliaire. Le contentieux de la santé partagé avec les autres contentieux cette regrettable confusion.

Cependant la réponse à la demande de communication éthique n'échappe pas aux tentatives d'évitement du tiers. Beaucoup d'établissements pensent répondre au besoin de médiation en mobilisant leurs psychologues ou leurs cadres infirmiers. Il ne s'agit pas de disqualifier leur intervention, il convient au contraire de leur attribuer le titre et le mérite qui conviennent, mais qui faute d'extériorité ne relève pas de la médiation.

La place faite aux sciences humaines dans le système de soins a très certainement amélioré la situation des patients et de leur famille. Mais quelle que soit leur qualité, dans un certain nombre de cas, leur insertion dans le système limitera leur capacité d'intervention (parfois au contraire c'est cette appartenance qui rendra leur intervention supérieure).

L'extériorité du médiateur peut seule remplacer une situation binaire, d'aide par une posture ternaire dynamisante (article de Chantal Deschamps).

Michèle GUILLAUME-HOFNUNG



Michèle GUILLAUME-HOFNUNG a dirigé l'élaboration du présent dossier

Elle est professeure des facultés de Droit.

Elle occupe également le poste de Vice-Présidente du Comité des Droits de l'Homme et des Questions

Ethiques CNF/UNESCO (www.unesco.org), et celui de Présidente de l'Institut Européen d'Éthique et de médiation biomédicales et sanitaires

Enfin, elle est responsable du Diplôme Universitaire de Médiation à Paris II

Institut IMGH

guillaume - hofnung @ waradbo... I