

LA FORMULATION DU CRITÈRE DE LA FAUTE MÉDICALE À L'ÈRE DE LA MÉDECINE FONDÉE SUR LES FAITS

Nicholas LÉGER-RIOPEL

Lex Electronica, vol. 17.2 (Automne/Fall 2012)

Sommaire

INTRODUCTION	2
I. L'ÉMERGENCE DU MOUVEMENT DE LA MÉDECINE FONDÉE SUR LES FAITS : UNE RÉFORME PROTÉIFORME	3
II. LA RÉCEPTION JUDICIAIRE DE LA MÉDECINE FACTUELLE	7
2.1. PREUVE EN CONTEXTE JUDICIAIRE ET PREUVE SCIENTIFIQUE : UN TRAITEMENT DIFFÉRENCIÉ DE L'INCERTITUDE	7
2.2. L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE D'EXPERT ET LA MÉDECINE FONDÉE SUR LES FAITS	9
2.3. LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE PAR SES INSTITUTIONS FONDAMENTALES : LA NOTION DE « PERSONNE RAISONNABLE »	13
2.4. LE RÉGIME DES PRÉSOMPTIONS DE FAITS : ENTRE CAUSALITÉ ET PROBABILITÉ.....	15
2.5. LES FACTEURS D'INFLÉCHISSEMENT D'UNE NORME TRADITIONNELLEMENT FONDÉE SUR LE CONSENSUS DES PAIRS	20
REMARQUES CONCLUSIVES	22

Introduction

L'émergence, au cours des trois dernières décennies, de la « médecine factuelle » (*evidence-based medicine* ou « EBM »)¹ participe d'un mouvement synchronisé², en médecine comme en droit, visant à une prise en compte croissante des données empiriques et objectives dans les processus décisionnels cliniques. Ce mouvement se traduit en droit par l'augmentation de la réception d'études statistiques et épidémiologiques à titre de preuves admissibles dans des contextes judiciaires, et plus particulièrement en matière de responsabilité médicale³.

C'est dans le contexte plus général de la réception, en droit, d'arguments relevant de la science médicale que les difficultés inhérentes à l'interface entre droit et science se sont révélées comme un enjeu majeur pour les instances décisionnelles, puisqu'il en va de la capacité du droit de coordonner ses institutions aux évolutions que connaît présentement la science médicale.

La fréquentation du domaine du droit de la santé se présente comme un observatoire privilégié de la rencontre de la rationalité médicale et juridique. L'analyse des caractéristiques conceptuelles des principaux éléments de l'outillage théorique de la médecine fondée sur les faits peut se révéler d'une utilité appréciable à une compréhension plus fine de la réception judiciaire de ce mouvement. L'exercice pourrait révéler l'intégration plus ou moins complète en droit de la vision « EBM » de la médecine.

¹ La paternité de l'expression 'evidence-based medicine' est généralement reconnue au médecin canadien David Sackett et ses collègues de l'Université McMaster en Ontario, au Canada, qui ont développé cette notion comme méthode d'enseignement et de pratique de la médecine notamment dans le cadre des activités du '*Evidence-Based Medicine Working Group*'. Voir également: Graham D. Glancy, Michael Saini, "The Confluence of Evidence-Based Practice and *Daubert* Within the Fields of Forensic Psychiatry and the Law", *J. Am. Acad. Psychiatry Law*, 2009, p. 439. Le terme '*evidence-based medicine*' est parfois traduit par « médecine factuelle » ou par « médecine fondée sur les faits ».

² Graham D. Glancy, Micheal Saini, "The Confluence of Evidence-Based Practice and *Daubert* Within the Fields of Forensic Psychiatry and the Law", *J. Am. Acad. Psychiatry Law*, 2009, p. 438.; Lars Noah, "Medicine's Epistemology: Mapping the Haphazard Diffusion of Knowledge in the Biomedical Community", *Ariz. L. Rev.*, vol. 44, 2002, p. 373; Margaret G. Farrell, "Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.: Epistemology and Legal Process", *Cardozo L. Rev.*, vol. 15, 1994, p. 2183; Michelle M. Mello, "Using Statistical Evidence To Prove The Malpractice Standard of Care: Bridging Legal, Clinical, and Statistical Thinking", *Wake Forest L. Rev.*, vol. 37, 2002, p. 821.

³ Michelle M. Mello, "Using Statistical Evidence To Prove The Malpractice Standard of Care: Bridging Legal, Clinical, and Statistical Thinking", précité, note 2, où l'auteure recense un certain nombre de travaux sur cette question: Tom Christoffel & Stephen P. Teret, "Epidemiology and the Law: Courts and Confidence Intervals", *Am. J. Pub. Health*, vol. 81, 1991, p. 1661; Richard Lempert, "Statistics in the Courtroom: Building on Rubinfeld", *Colum. L. Rev.*, vol. 85, p. 1985, Sheri L. Gronhovd, "Social Science Statistics in the Courtroom: The Debate Resurfaces in *McCleskey v. Kemp*", *Notre Dame L. Rev.*, vol. 62, 1987, p. 688.

La prise en compte des caractéristiques épistémiques et fonctionnelles des principales institutions juridiques participant du régime de la responsabilité médicale favorisera l'analyse d'un réalisme augmenté où certaines propriétés conceptuelles du droit de la responsabilité médicale et de la médecine fondée sur les faits pourront être mises en perspective.

I. L'émergence du mouvement de la médecine fondée sur les faits : une réforme protéiforme

Plusieurs auteurs ont remarqué que le savoir médical, et plus particulièrement en matière de médecine clinique, se construit traditionnellement de manière idiosyncratique⁴. C'est-à-dire que les processus décisionnels cliniques résultent de la mobilisation d'une variété de connaissances, qu'elles soient acquises à l'occasion du parcours académique du clinicien, ou encore par l'expérience de la pratique, dans un contexte où les données épidémiologiques disponibles ne sont généralement pas intégrées comme une source principale du raisonnement clinique⁵.

Lars Noah indique que le mouvement EBM participe d'un mouvement de réforme d'une pratique de la médecine clinique traditionnellement « fondée sur les opinions » :

« Traditionally, physicians relied heavily on personal experience and anecdotal information. Although medical students must absorb enormous quantities of information, their most meaningful learning occurs only after graduation. With practical experience comes judgment and intuition. This process of maturation is inevitable and largely desirable, but the passage of time also can result in a stubborn and unreflective

⁴ Plusieurs auteurs soutiennent que le raisonnement médical traditionnel est une démarche interprétative au sein de laquelle les savoirs anecdotiques, expérimentiels et scientifiques du médecin se rencontrent dans la démarche de 'particularisation' requise face à un cas clinique. Sandra J. Tenenbaum, "Knowing and Acting in Medical Practice: The Epistemological Politics of Outcomes Research", *Journal of Health Politics, Policy and Law*, Vol. 19, No.1, 1994, p. 27. Clement J. McDonald, "Medical Heuristics: The Silent Adjudicators of Clinical Practice", *Ann Intern Med.*, vol 124, 1996, 56-62.

⁵ Luc A. Michel, "Epistemology of Evidence Based Medicine", *Polski Przegląd Chirurgiczny*, vol. 79, no. 2, 2007, p. 150; S.I. Saarni, H. A. Gylling, "Evidence based medicine guidelines: a solution to rationing or politics disguised as science?", *J. Am. Acad. Psychiatry Law*, Vol. 37, no. 4, 2009, p. 438; D.L. Sackett, W. M. C. Rosenberg, J.A.M. Gray, *et al.*, "Evidence based medicine: what it is and what it isn't", *BMJ*, vol. 312, 1996, p. 71.

*adherence to well-entrenched habits. The conceit that doctors know best, or at least have a better handle on treating patients in the real world than do ivory tower research scientists, is surprisingly resilient: "In reviewing physician responses to questions regarding their sources of information on new technologies, the universal skepticism of practicing physicians regarding the utility of the scientific literature is startling." EBM represents a response to the shortcomings of this idiosyncratic, "opinion-based" approach to medical practice. »*⁶

La médecine fondée sur les faits présente une dimension normative explicite en ce qu'elle propose aux cliniciens de tendre à prioriser, dans leurs processus décisionnels, l'information biostatistique la plus significative⁷. Ce faisant, un réaménagement est suggéré dans la hiérarchie des *sources* considérées dans le parcours décisionnel du clinicien, en faveur d'une priorisation des études épidémiologiques de grande échelle et statistiquement significatives, et plus particulièrement celles dont la méthodologie est conforme au standard de « l'étude clinique aléatoire en double aveugle »⁸.

Le programme de la médecine EBM est donc appuyé sur l'idée qu'il est possible d'opérer une hiérarchisation des sources médicales utiles en vue de la réduction des biais⁹, ce qui témoigne d'une perspective que les auteurs ont reconnu comme priorisant les raisonnements plus réceptifs aux *grands nombres* fournis par l'épidémiologie plutôt qu'à l'approche « cas par cas » que suppose la pathophysiologie ou encore l'expérience clinique.

La médecine EBM peut être envisagée comme le résultat de pressions de différents ordres et de la mise en présence de visions contradictoires de la médecine. Qu'il s'agisse des pressions exercées sur les réseaux de santé en faveur d'une rationalisation ou d'une efficacité plus grande, ou de la

⁶ Lars Noah, "Medicine's Epistemology: Mapping the Haphazard Diffusion of Knowledge in the Biomedical Community", précité, note 2, p. 382 (références omises); Voir également: D.M. Berwick, "Broadening the View of Evidence-Based Medicine", *Qual. Saf. Health Care*, vol. 14, 2005, p. 315.

⁷ F. Davidoff, Brian Haynes, David Sackett, and Richard Smith. "Evidence-based medicine", *British Medical Journal*, vol. 310, 1995, p. 1085. Voir également John Tingle et Charles Foster, ed., *Clinical Guidelines: Law, Policy and Practice*, London, Cavendish Publishing, 2002, p. 45.

⁸ Sur l'histoire de ce standard comme facteur ayant contribué à la reconnaissance d'un statut « scientifique » de la médecine, voir : Kevin White, Evah Hillis, "Positivism Resurgent : The Epistemological Foundations of Evidence-Based Medicine", *Health Sociology Review* Vol 11(1 & 2), 2002, p. 5. Voir également : Harald O. Stolberg *et al.*, "Fundamentals of Clinical Research for Radiologists- Randomized Controlled Trials", *AJR*, Vol. 183, 2004, p. 1539;

⁹ R. E. Ashcroft, "Current epistemological problems in evidence based Medicine", *Med Ethics*, vol. 30, 2004, p. 131.

présence croissante des technologies de l'information en milieu hospitalier, la structure même de la relation entre patients et médecins subit des transformations profondes à l'aulne de la médecine fondée sur les faits¹⁰.

Le mouvement de la médecine fondée sur les faits peut également être étudié comme l'expression de l'existence d'une variété de cultures disciplinaires au sein de la médecine. Cette approche a l'avantage de mettre en lumière les tensions sous-jacentes à l'émergence du mouvement, et permet d'appréhender les différentes réactions émises face au mouvement comme étant l'expression d'une variété de visions particulières de la médecine. Le mouvement de la médecine EBM, pour plusieurs auteurs, opère un réaménagement des rapports de force au sein de la communauté médicale en proposant une vision de la médecine plus conforme aux visées d'efficacité généralement recherchées par les administrateurs et gestionnaires des réseaux de santé¹¹. D'autres y voient une résurgence d'une forme de positivisme scientifique¹², ou encore d'un certain scientisme latent¹³.

Noah indique que la médecine EBM s'intéresse avant tout à la dimension processuelle du mécanisme de décisions cliniques, en faisant non pas la promotion d'un type d'intervention particulier, mais bien plutôt en favorisant la prise en compte prioritaire d'un certain type d'études jugées comme scientifiquement plus valables que les *habitus* traditionnels des cliniciens fondés sur l'expérience et les pratiques répandues chez les pairs :

« By constructing a rough hierarchy that reflects the value of the different types of clinically-relevant information, evidence-based medicine attempts to improve decision-making by practicing physicians. When faced with a clinical problem, health care professionals should, in descending order of preference, look for guidance in systematic

¹⁰ Jean-Louis Baudouin, « Vers l'amélioration d'un système basé sur la faute », *Les Cahiers de droit*, vol. 28, n° 1, 1987, p. 117-124.

¹¹ Pour un traitement de cette question, voir Arnold J. Rosoff, "Evidence-Based Medicine And the Law: The Courts Confront Clinical Practice Guidelines", *Journal of Health Politics, Policy and Law*, Vol. 26, No. 2, Avril 2001, p. 328. Voir également G. Belkin, "The Technocratic Wish: Making Sense and Finding Power in the 'Managed' Medical Marketplace". *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 22, 1997, p.509.

¹² Kevin White, Evah Hillis, "Positivism Resurgent: The Epistemological Foundations of Evidence-Based Medicine", précité, note8.

¹³ David Mercer, "Science, Legitimacy, and "Folk Epistemology" in Medicine and Law: Parallels between Legal Reforms to the Admissibility of Expert Evidence and Evidence-Based Medicine", *Social Epistemology: A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, 2008, vol. 22, no. 4, p. 405.

reviews of randomized controlled trials, the results of individual controlled clinical trials, observational (uncontrolled) studies, and anecdotal reports of clinical observations. The sections that follow elaborate on each of these different types of biomedical information. Personal clinical experience remains an essential predicate for the effective application of EBM, but it should not provide the primary basis for making treatment decisions. »¹⁴

Plusieurs auteurs ont également souligné que, si le mouvement EBM propose une hiérarchisation rationnelle des différentes sources disponibles aux médecins, une variété de phases du processus décisionnel du clinicien demeure toutefois largement tributaire de ses habiletés pratiques, qu'il s'agisse de l'identification adéquate d'une source, ou encore le travail d'observation en vue de l'établissement d'un diagnostic¹⁵.

La méthodologie de l'approche EBM découle d'un double postulat : soit qu'il est possible pour le médecin d'identifier clairement la source la plus valable applicable à un cas précis, et que ces faits sont par ailleurs non-équivoques et accessibles par la simple observation clinique¹⁶. Face à de tels constats, certains auteurs se sont prononcés en faveur d'un dépassement du cadre analytique de l'approche EBM notamment par une prise en compte des savoirs dits tacites mobilisés par le travail clinique¹⁷, ou encore par une reconnaissance de la participation de facteurs sociaux et contextuels à la construction de la notion de « pathologie »¹⁸.

Le médecin est invité par le mouvement de la médecine fondée sur les faits à une plus grande réflexivité quant aux sources auxquelles il réfère dans sa pratique clinique¹⁹, notamment par l'introduction des notions de faillibilité et de falsifiabilité dans le savoir médical et c'est là pour certains une caractéristique fondamentale de cette approche²⁰.

¹⁴ Lars Noah, "Medicine's Epistemology: Mapping the Haphazard Diffusion of Knowledge in the Biomedical Community", précité, note 2, p.381.

¹⁵ G. Henry *et al.*, "Viewpoint: Moving Beyond Evidence-Based Medicine", *Academic Medicine*, Vol. 82, no. 3, 2007, p. 293.

¹⁶ *Id.*, p. 292.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Kevin White, Evah Hillis, "Positivism Resurgent: The Epistemological Foundations of Evidence-Based Medicine", précité, note 8, p. 9.

¹⁹ Lars Noah, "Medicine's Epistemology: Mapping the Haphazard Diffusion of Knowledge in the Biomedical Community", précité, note 2, p. 465.

²⁰ M. Parker, "False dichotomies: EBM, clinical freedom, and the art of Medicine", *Medical Humanities*, vol. 31, 2005, p. 23.

II. La réception judiciaire de la médecine factuelle

2.1 Preuve en contexte judiciaire et preuve scientifique : un traitement différencié de l'incertitude

Tout observateur du droit de la santé pourra témoigner du caractère récurrent et pérenne des difficultés liées à la réception judiciaire d'arguments issus de la science médicale.

Le droit – porté par une dynamique décisionniste-entretien un rapport différent que celui de la science avec l'incertitude²¹, alors que l'on peut reconnaître au processus judiciaire la fonction de stabiliser les rapports juridiques, notamment par le truchement de certaines institutions telles que le *stare decisis*, la prescription ou encore le principe d'irrévocabilité du jugement, qui visent à assurer l'encadrement des incertitudes liées aux contextes litigieux.

Le cadre d'analyse ici envisagé vise à exposer les propriétés épistémiques de différentes constructions conceptuelles appelées à interagir alors que la rationalité *scientifique* fait son entrée dans les cours de justice, notamment dans un contexte de responsabilité médicale. Deux systèmes de preuve sont alors mis en présence, chacun doté de spécificités contextuelles et historiques propres et sous-tendus par un faisceau de fonctions et de postulats qui leur sont particuliers.

Comme le rappelle l'auteur Leiter dans une remarquable étude sur la question, la preuve en droit et en science évoluent dans des systèmes dont les règles sont à distinguer en fonction d'une part, de leurs caractéristiques internes comme modes d'organisation et de production de connaissances valables (fonctions épistémiques) mais également en regard de l'ouverture du système du droit à des considérations qui dépassent le seul agencement formel de normes logiquement reliées (fonctions non-épistémiques)²².

Une première spécificité de la preuve juridique découle de la fonction particulière des jugements, qui, contrairement à la découverte scientifique, n'émettent pas des constats sur la réalité. Ce serait là méconnaître les dimensions normatives et performatives²³ que le droit entretient avec la réalité.

²¹ Brian Leiter, "The Epistemology of Admissibility: Why Even Good Philosophy of Science Would Not Make for Good Philosophy of Evidence", *BYU L. Rev.*, 1997, p. 803.

²² *Id.*

²³ C'est-à-dire que le prononcé juridique crée parfois une nouvelle réalité qui n'existait pas préalablement, pensons seulement au « Je vous déclare mari et femme » de l'officier public investi du pouvoir de prononcer les mariages, ou

Comme le rappelle l'auteur Flückiger, il s'agit là d'une question qui a occupé certains grands penseurs contemporains du droit :

« C'est cette dernière particularité qui justifie l'attribution d'une présomption irréfragable de vérité à la chose jugée (*res iudicata pro veritate habetur*). Il n'est dès lors pas justifié, selon van de Kerchove, « d'entretenir la fiction de la vérité scientifique absolue inhérente aux décisions judiciaires pour rendre compte du fait que les jugements constatifs sur lesquels elles se fondent bénéficient juridiquement d'une présomption irréfragable de vérité et qu'elles bénéficient elles-mêmes d'une autorité qui, dans les limites fixées par la loi, est considérée comme irrévocable. » Bruno Latour, dans une comparaison ethnographique créative entre juristes et scientifiques, après avoir affirmé que « si la chose jugée ne doit pas être prise « pour la vérité », ce n'est pas pour inaugurer quelque cynisme blasé, c'est qu'elle a bien mieux à faire que de mimer ou d'approximer le vrai: elle doit produire le juste, dire le droit, dans l'état actuel des textes », conclut qu'« il devient urgent de ne pas demander aux sciences de trancher, de ne pas exiger du droit qu'il dise vrai »²⁴

Un autre facteur de distanciation de la preuve scientifique et de la preuve judiciaire réside dans le fait que le droit, comme expression particulière de l'outillage démocratique, voit son activité modelée par la nature même de son contexte institutionnel²⁵. Toute preuve n'est pas *pertinente* et toute preuve *pertinente* n'est pas *admissible*, notamment en considérations d'impératifs constitutionnalisés. Ces enjeux exercent des contraintes sur le champ des données disponibles au juge, et ne s'expliquent qu'en prenant conscience de l'existence des fonctions du droit que nous

encore au contenu d'un jugement. Je remercie le professeur Jean-François Gaudreault-Desbiens qui m'a fait remarquer que le 'cœur' de la fonction performative du jugement pourrait fort bien se limiter à ses seules conclusions. Sur la théorie des énoncés performatifs en droit, voir notamment : Austin, J.L. *How to Do Things with Words*, Oxford, Clarendon Press, 1962.

²⁴ Alexandre Flückiger, « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution », *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLI, N° 128, 2003, p. 108.

²⁵ Ajoutons que les caractéristiques institutionnelles propres à chaque instance décisionnelle, telle que l'existence de politiques judiciaires, pourront être prises en compte: JoAnn Zaor et Nicholas Léger-Riopel, « La décision *Parizeau c. Barreau du Québec* de la Cour d'appel du Québec – Nouvelle norme et ajustement de perspectives en vue », dans *Développements récents en déontologie, Droit professionnel et disciplinaire*, Formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012; Henry L. Molot, "The Self-Created Rule of Policy and Other Ways of Exercising Administrative Discretion", 18 *McGill L. J.* 310, 1972; Suzanne Comtois, « Considérations sur l'appel, à la Cour du Québec, des décisions des tribunaux administratifs », (1999) 59 *R. du B.* 121-154.

avons qualifiées de non-épistémiques, en regard de la multiplicité de valeurs et d'objectifs auxquels participe l'activité judiciaire :

*« La loi, ensuite, fixe des limites qui n'ont pas pour seul objectif de manifester la vérité. Toutes les preuves ne sont pas admissibles, car tous les moyens ne sont pas nécessairement bons pour les obtenir. La découverte de la vérité n'est pas l'objectif exclusif du procès et ne doit certainement pas le devenir. Perelman le rappelle: les techniques de la preuve et la vérité qu'elles doivent faire admettre [doivent être] conciliables avec d'autres valeurs considérées, parfois, comme plus importantes. »*²⁶

La science, comme paradigme dominant de la vérité en droit, est d'une utilité appréciable dans l'établissement des faits dans un contexte judiciaire²⁷. Comme l'objet même de l'administration de la preuve est de convaincre le juge de la réalité d'un fait, ce constat permet de dégager un élément de convergence du droit et de la science qui participent toutes les deux d'un mouvement de recherche de la vérité. Dans un contexte judiciaire, ce mouvement sera néanmoins ajusté à l'aulne des autres valeurs que peut rechercher le droit comme système ouvert sur la société²⁸.

2.2 L'administration de la preuve d'expert et la médecine fondée sur les faits

Le mouvement de la médecine fondée sur les faits s'est intéressé très tôt à la question de l'encadrement conceptuel de l'« expertise » dans le cadre de la hiérarchie des sources proposée au clinicien. Certains des principaux promoteurs du mouvement de la médecine factuelle ont soulevé que le mouvement puisse participer d'une meilleure utilisation des ressources judiciaires

²⁶ Alexandre Flückiger, « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution », précité, note 24, p. 108.

²⁷ Margaret G. Farrell, « Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.: Epistemology And Legal Process ». précité, note 2 p. 2183: « [S]cience has the strongest claim to truth, because unlike other disciplines, scientific truths are based on rigorous, replicable, empirical experiments and observations of a real world that can be known through the senses. It follows then that law, as a system for resolving disputes based on truth and justice, should make use of scientific facts to the greatest extent possible. While the law may be seen as a different enterprise, it nevertheless must strive to include scientific explanations in its truth. » (p. 2191)

²⁸ R. Houin, « Le progrès de la science et le droit de la preuve », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 5 N°1, Janvier-mars 1953, p. 69.

par la réduction de la nécessité d'un expert, dont le rôle principal est souvent conçu dans cette perspective comme celui de « moyen » d'introduction en preuve des données statistiques et épidémiologiques pertinentes au débat²⁹.

D'autres ont reconnu un rôle transitoire au savoir et à l'expérience de l'expert clinique dans un domaine donné, dans la mesure et dans l'attente de données empiriques conformes aux exigences de la médecine fondée sur les faits³⁰. La position de la médecine fondée sur les faits en matière de preuve d'expertise s'inscrit donc en continuité de la hiérarchie des sources médicales qu'elle propose, privilégiant la perspective épidémiologique aux processus décisionnels fondés sur l'expérience personnelle du clinicien³¹.

Si plusieurs décisions judiciaires ont abordé la question sensible de l'encadrement des activités du témoin expert, une des plus connues est certainement la décision *Daubert*³², qui exige que toute preuve d'expertise dérive d'une méthode qui présente notamment une « testabilité » suffisante, un seuil d'erreur connu, qui a été publiée et revue par les pairs, et qui est généralement acceptée par la communauté scientifique de référence.

La relation entre la médecine et le droit, s'agissant de la question du rôle et de l'encadrement des expertises, est une autre occasion d'apprécier la promiscuité épistémique de ces deux disciplines. L'auteur Mercer souligne que les réaménagements qu'il a observé dans différents régimes d'administration de la preuve d'expert en matière scientifique ont émergé dans un contexte où se

²⁹ Michelle M. Mello, "Using Statistical Evidence To Prove The Malpractice Standard of Care: Bridging Legal, Clinical, and Statistical Thinking", précité, note 2, p. 852. Sur cette question, l'auteure renvoie également à Daniel W. Shuman, Expertise in Law, Medicine, and Health Care, *J. Health Pol. Pol'y & L.*, vol. 26, 2001 p. 280-281.

³⁰ C'est-à-dire que c'est plutôt l'aspect « expérientiel » de l'expertise qui est remis en cause par le mouvement de la médecine fondée sur les faits. Mark R. Tonnelli,, "In Defense of Expert Opinion", *Academic Medicine*, Vol. 74, no. 11, 1999, p. 1187.

³¹ L'auteure Mello a recensé deux ordres d'arguments favorables à un détachement de l'expertise clinique comme source unique ou principale de preuve en matière de droit de la santé. Ces deux ordres d'arguments sont en lien avec différents biais pouvant affecter la preuve d'expertise. Michelle M. Mello, "Using Statistical Evidence To Prove The Malpractice Standard of Care: Bridging Legal, Clinical, and Statistical Thinking", précité, note 2, p. 823 et suiv.

³² *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). Dans cette décision, la Cour suprême des États-Unis développe un critère en quatre temps par lequel le juge est appelé à vérifier la qualité d'une preuve scientifique. Voir également : "Gatekeeping in the absence of hard science", *Harv. L. Rev.*, vol 113, 1999, p. 1471, n. 26: "The four *Daubert* factors are:(1) whether the methodology upon which the testimony is based has been, or can be, tested;(2) whether the methodology 'has been subjected to peer review and publication';(3)the methodology's 'known or potential rate of error' and the availability and use of standards to control the methodology's operation; and (4) the extent to which the methodology is generally accepted in the relevant scientific community."

multipliaient les critiques quant aux rapports entre droit et science³³, qu'il s'agisse de la propension des experts à déformer les vérités scientifiques, ou encore aux difficultés rencontrées par les juges pour apprécier adéquatement de la qualité de la preuve scientifique soumise :

« There are obvious analogies between EBM's call for medicine to no longer defer to the experience of the eminent clinician and Daubert's call for judges to look at the methodology behind a knowledge claim and not simply defer to the eminent expert witness (Tallacchini 2002).

Like the EBM "revolution", the Daubert revolution hooked into broader critical debates about problems with law and science, but ultimately focused on "experts" as the problem and "science" as the solution. In a sense both movements can be seen as offering "epistemological fixes" (appeals to ideals of scientific method and mechanical objectivity) to perceptions of broader socio-technical problems surrounding medicine and the interactions of law and science. As might be expected the neatness of the rhetoric of such "epistemological fixes" would be difficult to sustain, as the movements became influential and actual practices and doctrines began to be re-shaped. »³⁴

La décision *Daubert*, rendue dans un contexte de droit américain, présente l'intérêt d'exposer un phénomène judiciaire d'ajustement du droit aux nouvelles formes que prend la science médicale, et qui met en lumière les tensions entre un standard de la faute médicale traditionnellement fondé sur l'usage des pairs et un standard plus cohérent avec les postulats de la médecine factuelle³⁵. La prise en compte de la rationalité de la décision *Daubert* est d'intérêt en droit québécois, alors qu'elle a depuis été citée à deux reprises par le la Cour suprême du Canada ainsi que par différentes instances administratives appelées à administrer une preuve d'expert en matière médicale³⁶. Remarquons que l'étude d'éléments du droit américain et de sa doctrine en vue de

³³ David Mercer, "Science, Legitimacy, and "Folk Epistemology" in Medicine and Law: Parallels between Legal Reforms to the Admissibility of Expert Evidence and Evidence-Based Medicine", précité note 13, p. 408 et s.

³⁴ *Id.*, p. 409.

³⁵ Brian Hurwitz, "How Does Evidence Based Guidance Influence Determinations of Medical Negligence?", *BMJ*, vol. 329, 2004, p. 1024.

³⁶ *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6. La décision *Daubert* a également été citée par des instances décisionnelles en droit québécois, notamment en matière criminelle et administrative : *CSSS de Port-Cartier*, 2011 QCCLP 2344 ; *R. c. Croteau*, 2004 CanLII 26808 (QC CS).

porter un éclairage sur le régime québécois de responsabilité médicale gagne à être sensible aux enjeux méthodologiques reconnus par le droit comparé contemporain, notamment quant aux risques liés à une démarche insuffisamment informée des particularités contextuelles propres aux différents systèmes juridiques mis en présence.

L’auteure Farell a observé que l’approche préconisée dans la décision *Daubert* propose un régime d’admission de la preuve scientifique plus synchrone avec la normativité inhérente du mouvement EBM³⁷, et semble coïncider avec les exigences d’empirisme de la médecine factuelle. En ce sens, les critiques généralement adressées à la médecine EBM pourraient sans doute également s’adresser aux régimes de preuves inspirés par la décision *Daubert* : les données épidémiologiques tendent à se voir accorder un poids indu lorsqu’elles sont appréciées par un décideur insuffisamment formé en matière de statistiques³⁸, alors qu’elles tendent à occulter l’existence d’autres perspectives possibles de la pratique clinique, et notamment les approches relevant de la physiopathologie³⁹.

Cette situation pourrait provoquer un glissement dans le fameux « duel d’experts » qui tendrait à ce que le débat ne grave plus autour des opinions ou de la réputation des experts, mais bien plutôt sur les sources qu’ils ont utilisées pour préparer leurs expertises respectives, en regard de leur plus ou moins grande validité au sens où l’entend la médecine factuelle⁴⁰.

La reconnaissance judiciaire de la médecine fondée sur les faits comme étalon de mesure du caractère scientifique d’une preuve dans un contexte de responsabilité médicale pourrait fort bien

³⁷ Margaret G. Farell, “*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.: Epistemology and Legal Process*”, précité, note 2.

³⁸ Michelle M. Mello, “Using Statistical Evidence To Prove The Malpractice Standard of Care: Bridging Legal, Clinical, and Statistical Thinking”, précité, note 2, p. 856, n. 120.

³⁹ Le terme *Exclusionary Ethos* a été développé par Mercer pour désigner la tendance de la décision *Daubert* à tendre à exclure toute pratique clinique émergente. Gary Edmond, David Mercer. “*Daubert and the exclusionary ethos: The convergence of corporate and judicial attitudes towards the admissibility of expert evidence in tort litigation*”, *Law and Policy*, vol. 26, t. 2, 2004a, p. 231. S’agissant de l’exclusion de pratiques médicales complémentaires ou alternatives plus particulièrement appuyées d’études qualitatives, voir: Assunta Hunter, Airder Grant, “Complementary medicine and evidence-based practice: power and control in healthcare - Questions about an arranged marriage”, *Evidence-Based Integrative Medicine*, vol. 2, no. 4, 2005, p. 189-194.

⁴⁰ Michelle M. Mello, “Using Statistical Evidence To Prove The Malpractice Standard of Care: Bridging Legal, Clinical, and Statistical Thinking”, précité, note 2, p. 854.

méconnaître les limites épistémiques, institutionnelles mais également les difficultés qui pourront être posées au juge saisi de questions scientifiques complexes⁴¹.

C'est la souplesse généralement caractéristique des institutions de la responsabilité médicale qui assure la pérennité du régime par sa capacité d'adaptation aux réalités sociales et scientifiques changeantes. Ces caractéristiques du régime de la responsabilité médicale ont été reconnues par l'auteur Cohen comme militant également contre la rigidification qui résulterait de l'intégration directe, en droit, des valeurs et caractéristiques scientifiques de la médecine factuelle⁴².

L'interaction du droit et de la médecine en matière de preuve d'expert renvoie à des questions plus générales que sont le rôle de la coutume et des usages dans l'établissement du standard de la faute médicale, la plus ou moins grande reconnaissance judiciaire de la médecine fondée sur les faits, ou encore l'impact des directives cliniques sur l'émergence de nouvelles façon de concevoir et de pratiquer la médecine.

2.3 La responsabilité médicale par ses institutions fondamentales : la notion de « personne raisonnable »

Le régime québécois de responsabilité médicale mobilise un certain nombre d'institutions dont les fonctions et caractéristiques conceptuelles peuvent entretenir des rapports de complémentarité variables avec la structure de la médecine factuelle. La mise en lumière de l'interface prenant place entre droit et médecine à l'occasion de l'activité judiciaire, par un exercice qui relève de l'épistémologie comparée, pourrait révéler que la responsabilité médicale met en œuvre des institutions dont les finalités sont incommensurables avec le programme de la médecine factuelle.

Par exemple, plusieurs auteurs ont remarqué que la notion de « personne raisonnable » en droit québécois est imprécise et est à ce titre souvent considérée comme floue. Une épistémologie du

⁴¹ Cet enjeu était clair pour le juge Rehnquist dans la décision *Daubert*, 509 U.S., p. 600 “*I am at a loss to know what is meant when it is said that the scientific status of a theory depends on its 'falsifiability,' and I suspect some of [my fellow federal judges] will be, too.*”). Voir également: Margaret G. Farrell, “*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.: Epistemology and Legal Process*”, précité, note 2.

⁴² Neil B. Cohen, “*The Gatekeeping Role in Civil Litigation and the Abdication of Legal Values in Favor of Scientific Values*”, *Seton Hall. L. Rev.*, Vol. 33, 2002-2003, p. 943.

droit pourrait rechercher *les fonctions* qui sont poursuivies par l'état d'imprécision de cette norme centrale du régime de la responsabilité, qui trouve son application tant en responsabilité civile générale qu'en matière de responsabilité professionnelle et médicale⁴³.

C'est en partageant une perspective de cet ordre que l'auteure Langevin, dans une étude sur la notion de la « personne raisonnable » en droit québécois, a indiqué que c'est l'imprécision⁴⁴ de ce standard qui permet à l'ensemble du régime de responsabilité de rencontrer les fins traditionnellement poursuivies par le droit, d'une manière suffisamment souple pour s'ajuster aux évolutions des contextes en présence:

*« Cette possibilité d'adaptation dans le temps et selon les circonstances donne à ce modèle une certaine aura d'équité. En effet, bien qu'il fasse appel à un modèle abstrait, il n'est pas totalement aveugle. Il accorde assez de flexibilité aux tribunaux pour rendre des décisions qui offrent l'apparence de justice. Les tribunaux et la doctrine s'entendent donc sur un modèle d'évaluation abstrait, mais qui tient compte des circonstances externes pertinentes. »*⁴⁵

Ces constats appuient une vision du droit qui reconnaît que l'édifice de la responsabilité n'est pas un réseau formel de droit et d'obligations structurés de manière telle qu'un simple exercice de déduction permet l'adéquation de la norme légale aux faits en présence. C'est en reconnaissant l'ouverture du droit à des fins poursuivies *en dehors* de la norme juridique qu'est évacué une conception du système juridique comme relevant de la pure formule algorithmique. Cette conception du droit comme « système ouvert » est d'ailleurs celle qui a été retenue par au moment de l'adoption du *Code civil du Québec*⁴⁶.

⁴³ Comme le fait remarquer Patrice Deslauriers : « À cet égard, il est intéressant de signaler qu'à l'instar du droit commun de la responsabilité civile, le médecin ne sera pas jugé selon sa conduite normalement adoptée. En d'autres termes il ne s'agira pas de prouver qu'il a transgressé ses normes. Au contraire de cette analyse concrète, il s'agira d'évaluer si l'auteur du préjudice s'est comporté selon le critère du médecin raisonnablement prudent, diligent et compétent. ». Sur cette notion, voir Patrice Deslauriers, *La responsabilité des professionnels*, Collection de droit 2011-2012, Responsabilité, vol. 4, Titre II, Édition Yvon Blais, p. 127.

⁴⁴ Dans ce contexte, la notion d'« imprécision » pourrait être envisagée comme une forme de « sous-détermination » telle que proposée par G. Timsit. Voir : G. Timsit, *Les noms de la loi*, Presse Universitaires de France, 1991.

⁴⁵ Louise Langevin, « Mythes et réalités : la personne raisonnable dans le livre « Des obligations » du *Code civil du Québec* », *Les Cahiers de Droit*, vol. 46, n 1-2, mars-juin 2005, p. 359.

⁴⁶ « Si le code civil maintient, quant à certaines normes ou notions, un flou relatif, il traduit ainsi jusqu'à un certain point, les ambivalences et les intérêts diversifiés qui cohabitent dans la société. Il faut voir ces règles comme les

Nous avons vu que pour Leiter, cette flexibilité expose que le système de la responsabilité et ses différentes normes participent d'un double ordonnancement de perspectives *épistémiques* mais également *non-épistémiques*. C'est-à-dire que le droit tend généralement à être suffisamment flexible pour permettre la poursuite de visées pragmatiques ou la mise en œuvre de fins extérieures à la seule cohérence du système formel de normes qui le composent. Le droit ainsi envisagé est qualifié par les auteurs de *law as craft*⁴⁷, ou de « réseau ouvert » :

« *For one thing, the discovery of truth is only one of the aims of adjudication under the Federal Rules. The rules of evidence serve distinctly nonepistemic purposes as well: the promotion of various policy objectives (like encouraging the refax of dangerous conditions) and the efficient and timely resolution of disputes. It is not clear that making sure that the evidentiary landscape of the courtroom mirrors that of the laboratory promotes all three of these purposes. Indeed, it seems that it quite clearly undermines the third.* »⁴⁸

C'est donc par la diversité de ses attributs et par l'existence de finalités irréductibles à la seule production de connaissances « valables » que l'activité judiciaire se distancie de façon marquée du programme de la médecine factuelle (et de celui de la science de façon générale) : les connaissances que génère l'activité médicale ne tendent pas à être mises en relation avec toute la diversité d'intérêts, d'auditoires et de finalités auxquels la décision judiciaire fait face.

2.4 Le régime des présomptions de faits : entre causalité et probabilité

L'existence de finalités dites *non-épistémiques* que révèle l'étude du régime de la responsabilité médicale s'observe également dans la gestion différente de l'incertitude en médecine et en droit.

pores par lesquels le code peut respirer, se vivifier et s'adapter par l'interprétation qui lui sera donnée suivant l'évolution de notre société. » Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice: le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. vii.

⁴⁷ B. G. Scharffs, « Law as Craft », *Vand. L. Rev.*, vol. 54, 2001, p. 2245.

⁴⁸ Brian Leiter, « The Epistemology of Admissibility Why Even Good Philosophy of Science Would Not Make for Good Philosophy of Evidence », précité, note 21, p. 816.

Cette différence prend une acuité particulière lorsque les instances judiciaires sont appelées à déterminer la causalité d'un accident iatrogénique par la mise en œuvre de présomptions de faits⁴⁹. Cette situation, pour l'auteur Jutras, participe de la « crise conceptuelle » de la responsabilité médicale :

« Mais il y a plus : la structure même des présomptions de fait s'accorde mal avec la genèse de certains accidents iatrogéniques. L'utilisation d'une présomption de fait présuppose en effet la survenance d'un événement qu'on qualifie d'anormal. Or plusieurs thérapies comportent des risques inhérents, c'est-à-dire des conséquences néfastes qui sont toujours possibles, donc normales. Si la probabilité qu'une telle conséquence tragique survienne est élevée, on ne peut pas parler d'événement anormal quand le malheur arrive.

Mais l'appréciation des risques que comporte une thérapie fait-elle toujours abstraction des effets de la négligence et de l'erreur médicale? Si au contraire le risque est très faible, présumer de la faute du médecin lorsqu'il se réalise, n'est-ce pas nier que la thérapie comporte en elle-même certains risques inhérents étrangers à la négligence ?

L'ambiguïté provient du fait que le droit et la médecine ne raisonnent pas à partir du même critère de normalité. La médecine définit la normalité à partir du grand nombre. Le préjudice causé par l'inattention fait souvent partie des statistiques, et est normalisé. Ce qui est normal (parce que prévisible) en médecine ne l'est pas nécessairement en droit. À l'inverse, le droit impute parfois à la faute ce qui ne peut être expliqué autrement, puisqu'il faut bien choisir une cause ; la médecine, elle, a appris à vivre avec le doute et l'incertitude. C'est cette différence épistémologique qui complique l'utilisation de présomptions de fait en matière de responsabilité médicale.

La structure conceptuelle de la responsabilité civile est donc en crise, en raison de ce manque d'harmonie entre les modes de pensée juridique et médical, et de l'infléchissement potentiel des principes fondamentaux pour favoriser l'indemnisation des victimes. »⁵⁰

⁴⁹ Sur les présomptions en droit québécois de la responsabilité médicale, voir : Patrice Deslauriers, *La responsabilité des professionnels*, Collection de droit 2011-2012, Responsabilité, vol. 4, Titre II, Édition Yvon Blais, p. 127. L'auteur cite notamment Pierre Nicol, « Faute médicale : preuve par présomptions de fait et exonération », *R.D.U.S.*, vol. 27, 1996-1997, p. 139.

⁵⁰ Daniel Jutras, « Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 31, 1990, p. 835.

Cette situation permet de souligner que les présomptions de faits renvoient à une notion de causalité juridique distincte de la causalité scientifique. C'est peut-être cette différence dans les propriétés épistémiques de la notion de « causalité » et en science et en droit qui peut expliquer certaines difficultés dans la mise en œuvre des présomptions de faits :

« The distinction between legal and research judgments is highlighted by an observation by the epidemiologist Bruce Charlton: “Epidemiological claims of causation cannot be refuted by any single, crucial contradictory item of evidence, no matter how strong or well replicated that counterevidence may be...Contradictory findings cannot do more than alter the balance of probability of multifactorial epidemiological causation.” The reason is that a conclusion in epidemiology is probabilistic in nature, rather than yes/no, and is reached through consideration of a ‘mosaic’ of pieces of evidence that together convey a broader picture, rather than a chain of evidence that is broken when one of its links wears thin. Contrast this to a legal case, in which a single piece of evidence can exculpate the defendant because it conclusively negates an element of the plaintiff’s claim. »⁵¹

C'est en lien avec ces enjeux que la convergence de la perspective probabiliste de la médecine de type 'EBM' avec le régime des présomptions peut être créatrice de contradictions. Comme le remarque l'auteure Mello, la « prépondérance de la preuve » utilisée en matière civile est souvent conçu comme sous-tendant l'utilisation d'un cadre d'analyse où le fardeau peut se comprendre en termes probabilistes (le 50% +1). Une telle abstraction a pour effet d'offrir un contexte où risquent de se confondre les notions de la preuve scientifique et de la preuve légale : si la prépondérance exige une preuve de 50%+1, une étude dont l'intervalle de confiance est de 95 % peut sembler plus que suffisante:

« Statisticians conventionally require that effects be significant at the 95% level or higher ($p = 0.05$). The fact that courts in civil cases think about the preponderance-of-the-evidence standard as requiring proof at around the 51% level has created some confusion

⁵¹Michelle M. Mello, “Using Statistical Evidence To Prove The Malpractice Standard of Care: Bridging Legal, Clinical, and Statistical Thinking”, précité, note 2, p. 838-839.

about how to treat this statistical convention when the case involves epidemiologic or social science research. An example of this confusion is the following:

In civil cases the legal system places the ‘burden of proof’ on the plaintiff. In order to prevail the plaintiff must prove his claim by a ‘preponderance of the evidence’ – in other words, more than 50 percent of the evidence must be in the plaintiff’s favor. Science under the circumstances would be neither willing nor able to declare a winner. Administrative decisions generally call for a lower standard of proof, whereas criminal trials demand something closer to scientific certainty (‘beyond reasonable doubt’). This passage reflects a misguided conflation of legal adjudicators’ confidence levels and the concept of statistical significance. Implicitly, the author equates the preponderance standard with a p-value of around 0.50 and the criminal standard with a p-value of around 0.95. The confusion is perhaps wrought by statisticians’ unfortunate tendency to refer to p-values as ‘confidence levels.’

In fact, p-values do not represent confidence levels in the same sense that legal evidentiary standards do. The preponderance standard calls for a determination of whether, considering all the evidence before it, the judge or jury can conclude that at least 51% of the evidence falls on the side supporting the plaintiff’s proposition. Statistical significance levels determine whether there is any reason to consider a particular analysis of data as evidence of the existence of the proposition under study. In this way, a p-value looks more like an admissibility decision than a verdictive decision. If the finding is statistically significant, the researcher can ‘admit’ the evidence to the pool of scientific knowledge supporting the proposition. If it is not significant (or close), then it is not appropriate to put that finding in the pot. But it is also not appropriate to conclude that because the p-value is below the required level, the weight of the evidence shows that the proposition is false. A p-value of 0.49 does not mean that 51% of the evidence points to the falsity of the proposition. »⁵²

Toute abstraction opérant également une certaine forme de simplification, cette perspective occulte la complexité des rationalités en présence en évacuant du cadre d’analyse les profondes différences existant entre la preuve scientifique et légale. Or l’auteur Ménard rappelle que la

⁵² *Id.*, p. 839-840.

réception inconditionnelle d'une perspective probabiliste dans un contexte judiciaire pourrait fort bien réduire le spectre de la preuve traditionnellement utilisée par le juge :

« Les scientifiques recherchent généralement des certitudes avant de se prononcer sur la causalité. La science ne connaît pas la notion de prépondérance des probabilités et ne décide ni ne propose rien en fonction de ce critère. Elle se réfère plutôt aux statistiques de probabilité, en accordant à celle-ci un caractère de certitude. Ainsi, l'expert dira que tout ce dont on est certain, c'est que telle complication se produit dans 60 % des cas, sans se prononcer sur la question de savoir s'il est probable qu'elle se soit produite dans l'affaire sous étude. Il se limitera simplement à une inférence de ce fait. Suivre cette logique ramène tout le débat à une affaire de statistiques. Or, le juge Gonthier, dans l'affaire Lawson, apporte un bémol important à cette approche :

« Une preuve statistique peut être utile à titre indicatif, mais elle n'est pas déterminante. Plus précisément, lorsqu'une preuve statistique n'établit pas la causalité selon la prépondérance des probabilités, la causalité en droit peut quand même exister lorsque l'ensemble de la preuve étaye une telle condition. »

Ramener tout le débat sur la causalité à une simple question de probabilité statistique peut conduire le tribunal à une appréciation trop rigide de la causalité...»⁵³

La perspective probabiliste comme moyen de preuve reçoit un éclairage intéressant dans le cadre théorique développé par l'auteur Banakas, pour qui il y aurait une « cause naturelle » ou « scientifique », rattachée de manière générale à la responsabilité, qui pourrait ne pas correspondre dans tous les cas à la « cause juridique », laquelle est seule sanctionnée par le droit⁵⁴. Le mouvement « EBM », offre donc dans cette perspective théorique ce qu'un juge de la Cour suprême écossaise a qualifié de « témoin statistique nu »⁵⁵. C'est-à-dire que la preuve

⁵³ J.-P. Ménard, « La causalité dans les causes de responsabilité médicale depuis les affaires Lawson et Farell », *Les Développements récents en droit de la santé*, Barreau du Québec, 1991 aux p. 1 et ss. (références omises). Voir également les propos tenus dans la décision *R.C. c. Régie de l'assurance-maladie du Québec*, 2004 CanLII 64163 (TAQ).

⁵⁴ Sur la causalité conçue comme une question de politique judiciaire, voir Stathis Banakas, « Causalité juridique et imputation. Réflexions sur quelques développements récents en droit anglais », *Revue Lamy Droit Civil*, 1er juillet 2007, n° 40, p. 93-99.

⁵⁵ *Mc Tear v. Imperial Tobacco Ltd*, [2005] Scots SOH 69 (J. Nimmo-Smitt). Rosoff indique que les juges sont traditionnellement moins enclins à recevoir une preuve qualitative : *Moreover, law is much more a qualitative (verbal) than a quantitative discipline; judges might be less comfortable relying, or instructing a jury to rely, on a*

statistique et épidémiologique aura à faire l'objet d'une preuve additionnelle par laquelle la statistique générale mise en preuve sera particularisée au cas sous étude⁵⁶ pour être juridiquement significative.

Ce sont les propriétés épistémiques différentes de la causalité probabiliste véhiculée par la médecine factuelle et de la causalité juridique qui permettent de saisir avec clarté le fait que la causalité, en droit, ne pourra probablement jamais s'identifier totalement aux exigences de la science. L'institution de la responsabilité civile, comme système ouvert aux dialogues avec l'extérieur, tend à maintenir des notions suffisamment flexibles aux exigences d'adaptabilité qui l'habitent⁵⁷, ce qui pourrait révéler que la notion de causalité juridique est bien une « technique d'imputation » mobilisée par le décideur de façon généralement guidée par un souci de validité scientifique, sans toutefois y être entièrement réductible.

2.5 Les facteurs d'infléchissement d'une norme traditionnellement fondée sur le consensus des pairs

Le mouvement de la médecine fondée sur les faits peut être considéré comme faisant la promotion d'une prise de distance face aux habitudes décisionnelles traditionnelles des cliniciens par la hiérarchisation des sources qui sont appelées à utiliser les cliniciens. Nous verrons en quoi ce réaménagement dans le processus décisionnel clinique est susceptible d'influencer la formulation judiciaire du standard de la faute médicale.

La rationalisation dans les sources médicales opérée par le mouvement EBM, souvent présentée comme équivalente et synonyme de « bonne pratique clinique », ne correspond pas toujours avec

guideline derived from quantitative, statistical processes rather than on expert witnesses' "interpretive stories." Arnold J. Rosoff, "Evidence-Based Medicine and the Law: The Courts Confront Clinical Practice Guidelines", précité, note 11, p. 352.

⁵⁶ Mello révèle que la causalité scientifique ne requiert généralement pas à l'exercice de « particularisation » requis dans un contexte judiciaire. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'elle met en lumière les limites de la *corrélation* et de la *causalité*. Michelle M. Mello, "Using Statistical Evidence To Prove The Malpractice Standard of Care: Bridging Legal, Clinical, and Statistical Thinking", précité, note 2.

⁵⁷ Pour l'auteur Kouri, les difficultés liées à l'administration de la preuve scientifique dans des contextes juridiques rend impérative l'adaptation judiciaire des solutions équitables. Voir Robert P. Kouri, "From Presumption of Facts to Presumption of Causation : Reflections on the Perils of Judge-Made Rules in Quebec Malpractice Law", *R.D.U.S.*, vol. 32, 2001, p. 213.

la norme de la responsabilité médicale telle que traditionnellement développée par les tribunaux et qui est fondée sur la notion du caractère *raisonnable* d'une pratique donnée⁵⁸.

La formulation judiciaire du standard de la faute médicale a traditionnellement émergé parallèlement à la reconnaissance d'un statut particulier à la profession médicale, en fonction d'un principe de *justice par les pairs*. L'auteur Carter identifie les fondements conceptuels et socio-historiques de ce traitement particulier de la faute médicale, et de la déférence traditionnelle des instances décisionnels face aux standards établis et aux usages de la communauté médicale :

« *Scholars identify several theories to explain this special treatment of the medical community. One of the most frequently cited explanations for judicial deference to medical custom is respect for medical professionals. Another justification is 'the inability of laymen to evaluate the technical judgments of specialists.'* One commentator explains, "Courts have recognized the fact that laymen lack the capacity to adequately evaluate a physician's conduct or to adequately determine what a reasonable and prudent man under the same circumstances with specialized training and knowledge would have done." Whatever the underlying rationale for this special treatment is, for the medical profession, customary practice is generally the barometer by which to measure good care, and courts instruct juries that the plaintiff cannot recover unless he or she proves that the defendant's conduct was 'not in accord with recognize medical practice.'" Thus, a plaintiff rarely can recover when the defendant physician complied with the customary standard of care. »⁵⁹

Plusieurs auteurs ont vu dans l'émergence du mouvement EBM le signe d'un probable réaménagement du standard de la faute médicale traditionnellement fondé sur la reconnaissance des *règles de l'art* et des usages existant au sein de la communauté médicale, par l'émergence d'un cadre d'analyse visant à exposer non pas *ce qui se fait généralement dans la communauté médicale*, mais bien *ce qui aurait dû être fait* dans un cas donné.

⁵⁸ Voir supra, note 45. Lars Noah, "Medicine's Epistemology: Mapping the Haphazard Diffusion of Knowledge in the Biomedical Community", précité, note 2, p. 382.

⁵⁹ Carter L. Williams, "Evidence-Based Medicine in the Law Beyond Clinical Practice Guidelines: What Effect Will EBM Have on the Standard of Care?", précité, note 44, p. 501.

Bien qu'un nombre restreint de décisions canadiennes et québécoises renvoient explicitement à la médecine fondée sur les faits, il serait hâtif d'en conclure à une faible reconnaissance de ce courant par le droit. Il est possible que le mouvement EBM, si tant est qu'on le conçoit comme un « paradigme » de la médecine, participerait alors de la construction d'une « science normale » de la médecine⁶⁰. À cet effet, la reconnaissance du statut juridique des directives cliniques, comme vecteur privilégié de la mise en œuvre des visées du mouvement EBM, pourra donner place à un contentieux judiciaire favorable à la mise en présence de différentes conceptions de la médecine⁶¹.

Remarques conclusives

La réception judiciaire des propositions véhiculées par la médecine fondée sur les faits pourra être fonction d'une variété de considérations relevant de la structure conceptuelle de la responsabilité professionnelle et médicale, ainsi que des caractéristiques institutionnelles propres aux différentes instances décisionnelles appelées à traiter de responsabilité clinique.

Les particularités des rapports prenant place entre droit et médecine exposent peut-être l'existence de tensions entre ordres normatifs au sein desquels coexistent différents cadres conceptuels concurrents. Le poids relatif des usages au sein de la communauté médicale dans la construction du caractère « raisonnable » d'une pratique clinique, ou encore, la reconnaissance des pratiques émergentes ou des techniques thérapeutiques expérimentales, pourra être fonction des différentes conceptions concurrentes de la médecine et de la plus ou moins grande reconnaissance de la médecine fondée sur les faits comme paradigme de la « bonne pratique ».

Ces observations portent au constat que le droit, comme processus de production de connaissances, a une position changeante par rapport aux données de la science médicale. Par le

⁶⁰ La normativité du courant EBM peut être implicitement reçue en droit par le « cadre » à l'intérieur duquel se conçoivent les problèmes de responsabilité médicale. Il est possible d'imaginer que dans certaines décisions, sans traiter de « médecine EBM », les parties et les décideurs évaluent la qualité des arguments et de la preuve soumis à l'aune de la « hiérarchie des sources » EBM. Une telle perspective pourrait être adoptée dans la foulée de la décision *Collège des médecins du Québec c. Fanous*, 2009 CanLII 31615 (QC CDCM) (en appel au Tribunal des professions).

⁶¹ Voir à cet effet : T.S. Cheah, “The Impact of Clinical Guidelines and Clinical Pathways on Medical Practice: Effectiveness and Medico-legal Aspects”, *Ann Acad Med Singapore*, vol. 27, 1998, p. 533; Nicholas Léger-Riopel, « La réception judiciaire des directives cliniques » (à paraître).

jeu d'une proximité variable, les similarités tout comme les dissonances conceptuelles et épistémologiques entre ces deux disciplines, qui se révèlent avec une acuité particulière à l'occasion de l'activité judiciaire, justifient de réorienter le cadre d'analyse vers une perspective plus apte à gérer la complexité et le caractère réciproque des rapports et des influences entre droit et médecine⁶².

⁶² Sur la médecine et le droit comme participant à la définition de notions mobilisées par le droit de la santé : Lars Noah, "Pigeonholing Illness: Medical Diagnosis as a Legal Construct", *50 Hastings L.J.*, vol. 241, 1999, p. 293.