

Deux théories de la faute en responsabilité médicale

Nicholas LÉGER-RIOPEL, professor
Université de Moncton
Nicholas.leger-riopel@umoncton.ca

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-1393-1305>

Résumé : Cet article s'intéresse à la mise en lumière de deux théories, ou approches, à la notion de « faute » qui existe dans le domaine de la responsabilité médicale. La première approche, qualifiée de « coutumière » ou « descriptive », et apparaît dans la jurisprudence et la doctrine. Cette théorie, longtemps prédominante, de la faute médicale, fait face à l'émergence d'une seconde théorie qui en appelle à un rôle plus actif du décideur judiciaire. Il s'agit de la théorie qui repose sur la « raisonnabilité » de l'acte médical, et qui se développe dans une variété de juridictions par l'introduction d'un vocabulaire plus « normatif » quant à la conduite attendue du médecin. En addition de son rôle d'exclure les pratiques coutumières qui présenteraient des carences ou dangers évidents, les tribunaux sont désormais investis du rôle de gardiens de la qualité scientifique de la preuve médicale qui lui est présentée. Nous évaluerons plus en détails en quoi l'existence d'ambiguïtés et d'un manque d'uniformité dans le langage employé pour définir le standard médical perpétue en retour un standard qui est toujours appuyé essentiellement sur la preuve des pratiques répandues et acceptées, notamment en contextes cliniques.

Mots-clefs : biosémiotique, responsabilité médicale, standard coutumier, raisonnabilité, preuve médicale, faute médicale.



Abstract : This article seeks to elucidate the dual conceptions or theories of fault that exist in the domain of medical liability law. The first of these is often characterized as "descriptive" or "customary," as appears from a survey of relevant jurisprudential and doctrinal sources. However, this predominant understanding of medical malpractice is increasingly facing scrutiny as a second conception emerges. This alternative perspective is manifested through the development, across various jurisdictions, of a normative lexicon—specifically the term "reasonableness"—which delineates the legal standard anticipated of a physician's conduct. In addition to the oversight exercised by the exclusion of customary practices that may exhibit evident deficiencies or hazards, contemporary courts have also been entrusted with the critical function of acting as "gatekeepers" of the quality of scientific evidence required to evaluate the propriety of medical practices. This article further delves into specific concerns and ambiguities related to the evidentiary aspects of establishing a customary standard. Such uncertainties, we conclude, will in turn perpetuate a standard that is still essentially grounded in established custom and clinical practices.

Keywords: biosemiotics, standard of care, medical malpractice, custom, scientific evidence, reasonableness, medical evidence

1. Introduction

¹La doctrine en droit civil et en *common law* décrivent différentes méthodes en vue de prouver, en contexte judiciaire, le contenu de la norme de conduite qui était attendue du médecin défendeur (connue en *common law* comme la norme de diligence, le « standard of care » dû au patient) et dont le manquement équivaut à la « faute » médicale.

Une abondante doctrine juridique a conclu à l'existence de deux modes concurrents de preuve de la « raisonnableté » d'une pratique. Les auteures Kinney et Wielder rappellent que jusqu'aux années 1950, la détermination du standard attendu du médecin dans un contexte judiciaire consistait à la « strict locality rule », c'est-à-dire que la conduite du médecin était comparée (Kinney & Wilder, 1989, p. 441) avec celle de ses collègues, c'est-à-dire d'autres médecins de la même

¹ Cet article explore la question de la coexistence de deux approches à la faute médicale, et provient de la thèse doctorale de l'auteur.

localité géographique. La démarche s'est étendue à d'autres médecins provenant de localités comparables, et, suite à l'abandon progressif d'un critère essentiellement géographique en raison de la professionnalisation croissante de la pratique médicale et l'émergence de l'idée d'un « standard national » de compétence (Kinney & Wilder, 1989, p. 441), la comparaison s'est étendue à des professionnels de la même spécialité ou encore de la même école de pensée, ou encore à des contextes où les ressources disponibles sont comparables (Upfold, 2002, p. 446). C'est là un standard qui implique un exercice de description des usages et pratiques qu'adoptent les collègues et membres du milieu médical pour les comparer ensuite à la conduite du défendeur. Cette preuve du standard de la faute médicale a pour conséquence que le médecin défendeur voit sa conduite comparée à celle qu'auraient personnellement adoptée eux-mêmes les experts appelés à témoigner, ou selon leur opinion, celle qu'auraient adoptée des médecins dans une situation comparable à celle du défendeur (Kinney & Wilder, 1989, p. 442). La « locality rule » continue d'influencer la jurisprudence tant en droit civil (Chénier, 2004, p. 12) qu'en *common law* (Cooke, Worsham & Reisfield, 2017, p. 359) – allant jusqu'à constituer une véritable défense dans certains cas (Gindberg, 2013, p. 14). Ce mode de preuve du standard de la faute médicale est souvent conçu comme un standard « coutumier », en ce sens que ce sont les pratiques médicales courantes elles-mêmes qui déterminent le contenu du standard juridique applicable.

Il existe toutefois une apparente dichotomie entre un standard « coutumier » et un standard « de raisonnabilité » en jurisprudence, le premier étant le produit des pratiques et des usages et le second invitant le juge à une plus grande intervention dans l'évaluation de la preuve offerte quant à la faute médicale, notamment dans l'évaluation des fondements et de la qualité de la preuve soumise en vue d'établir l'existence d'une faute (Toth, 1968 ; Morgan, 1963).

L'érosion graduelle d'un standard fondé exclusivement sur les pratiques coutumières coïncide également avec le développement de standards nationaux de pratique clinique. Il est à noter que, comme le remarque Grosso, l'émergence de standards nationaux de pratique n'est cependant pas incompatible avec un cadre d'analyse fondé sur la coutume, dont l'échelle sera alors nationale, quoique les enjeux inhérents à la preuve de *tout* standard coutumier, local ou national, demeure irrésolus : les experts ne disposant pas de données sur les profils de pratique nationaux. En ce sens, la règle dite de « locality rule », autrefois dominante et qui

favorisait une importante variabilité dans les pratiques cliniques suivant les différents lieux de pratique clinique, a été progressivement écartée en raison d'une standardisation croissante de la pratique médicale (Grosso, 2018, p. 86).

L'accès accru à une information médicale à jour et en ligne, la standardisation des programmes de formation universitaire et les possibilités de transport, en cas de besoin, tant des médecins que des patients, rendent en effet difficilement défendable le maintien d'une règle fondée sur des questions de localisation géographique (Henson, 2018, p. 1000). En définitive, cette preuve de l'usage répandu demeure dès lors toujours fondée sur leur appréciation personnelle et subjective, de l'état de la pratique clinique. Sur cette question, les auteurs Mello *et al.*:

[...] courts have been permissive towards the use of guidelines in the determination of the standard of care in medical malpractice litigation, moving away from sole reliance upon opinion-based customary practice. Guidelines have been advanced by both parties in litigation, and compliance or non-compliance does not invariably inculpate or exculpate the physician nor are guidelines *per se* binding in any way. The role of guidelines as a standard for legal liability is not straightforward. However, one principle that emerges with relative clarity from the US experience is that guidelines function as a facet of evidence that is informative, rather than determinative, of the legal standard of care. (Samantha *et al.*, 2006, p. 340)

L'intégration progressive des directives cliniques en contexte judiciaire participe d'un réaménagement graduel d'un standard fondé sur l'opinion des pairs, et est l'un des vecteurs d'infléchissement du standard coutumier. Remarquons cependant que même dans un tel cas, la notion d'intersubjectivité qui est inhérente au standard coutumier est souvent conçue comme un facteur permettant ultimement d'en arriver à une solution épistémologiquement satisfaisante (Szczyrbar, 2022), même si *a priori* moins transparente et objective que celle d'un standard de « raisonnabilité »

2. Transition vers un standard de « raisonnabilité »

En effet, le modèle traditionnel fondé sur les usages et les coutumes du milieu médical, modèle *descriptif* en ce qu'il implique une description des pratiques en cours dans le milieu médical sans toutefois poser

jugement quant à leur contenu (Peters, 2000, p. 165), est battu en brèche par des pressions de différents ordres visant un standard fondé sur l'évaluation de la *raisonnabilité* de la pratique du médecin défendeur (modèle normatif), et non de son adéquation à une pratique répandue et généralisée :

Although many legal scholars support the customary practice standard there are several arguments in opposition. The main counterargument is that factual parameters, rather than normative values, should be employed in setting the standard of care. Accordingly, negligence law should satisfy the question of what *ought* to be done rather than what *is usually done*. Opposing legal scholars explain that customary practice may not only fail to incorporate a reasonable level of care, but may even embody the "unreasonable." In fact, custom may, at times, reflect habits of "inadvertence, carelessness, indifference, cost-paring and corner-cutting," which is the essence of negligence. Furthermore, custom does not reflect a socially optimal level of care, but rather, the opposite. Because of medical insurance, physicians do not directly cover the cost of the services that they offer, nor the damages deriving from their malpractice. In other words, this system, which frees physicians from the costs of their services or malpractice, leads physicians and patients to overuse services and resources, spending more on marginal benefits. (Grosso, 2018, p. 81)

Le modèle traditionnel de la faute médicale présente une importante déférence aux pratiques et usages existant au sein de la communauté médicale. Ceci implique, en contexte judiciaire, la preuve des usages répandus qui portera sur une variété de facteurs tels que les contenus de l'enseignement universitaire, les pratiques courantes en milieu clinique comparable à celui faisant l'objet de l'étude du magistrat, la littérature médicale et les prises de position d'organismes médicaux nationaux et internationaux. Ce modèle laisse une place importante à la preuve d'éléments faisant autorité au sein de la profession. Plus encore, et c'est là l'une des critiques que nous croyons importante de mettre en lumière, le standard coutumier – qualifié de « *descriptif* » ou de standard « *empirique* » – constitue en réalité une norme fondièrement subjective. En effet, la *preuve* d'une pratique courante ne repose pas sur des données portant sur les profils de pratique des cliniciens, mais bien plutôt sur le témoignage d'un expert qui sera appelé à partager *ce qu'il considère être* l'usage répandu dans un domaine de pratique donné :

In other words, because no published research or formally collected data enumerates or defines customs themselves, experts testify about "standards"

which derive only from their opinions, training, and experience. They only discuss how they would have treated the patients, making more of a subjective evaluation that, instead, should be objective. (Grosso, 2018, p. 82)

En l'absence de données probantes sur les pratiques effectives dans les milieux cliniques, le modèle coutumier – disjoint des données portant sur les usages cliniques réels – laisse une part importante d'opinion et de subjectivité dans sa preuve en contexte judiciaire (Kramer, 1994)². Pour la professeure Sira Grosso, il est important de noter que la défense dite des « écoles de pensée » en responsabilité médicale est d'ailleurs sans doute facilitée par cette importante latitude qui demeure dans la preuve des pratiques coutumières (Grosso, 2018, p. 79). Il est dans cette perspective possible pour un clinicien de démontrer qu'il a adopté une pratique qui, sans être majoritaire, constitue l'une des approches adoptées par les milieux cliniques et qu'il y a donc absence de faute (Brown, 1993).

Un exemple d'un standard coutumier peut être trouvé dans la décision *Bolam* (Bolam, 1957), rendue par la *High Court of England*. Cette décision constitue le test couramment appliqué en droit anglais pour déterminer la responsabilité professionnelle d'un médecin par ce qui est couramment désigné comme le « Test de Bolam » (Teff, 1998). Dans cette décision, la Cour en est venue à la conclusion que la conduite d'un médecin ne peut être qualifiée de négligence si elle est jugée acceptable par des opinions médicales responsables de la spécialité pertinente, au moment des événements sous étude (Shanmugam, 2002 ; Hurwitz, 1998a ; Cheah, 1998, p. 537 ; Mello, 2002 ; Harrington, 2002, pp. 219-220; Khan & Robson, 1995).

L'utilisation de la terminologie opinion médicale « responsable » dans ce test peut sembler à première vue autoriser un décideur à évaluer le contenu des opinions médicales soumises. L'auteur John A. Harrington a cependant précisé que ce contrôle, bien qu'il existe, est de nature « procédurale » plutôt que substantive. C'est dire qu'il suffira généralement de prouver que les opinions aient procédé à une forme d'analyse de risque (par exemple une analyse coût/bénéfice) pour que

² En effet, des données pratiques sur les profils réels de pratique – bref la preuve de l'usage en vigueur – est rarissime. Dans les juridictions étudiées, l'affaire *Kramer v Milner* constitue le seul cas répertorié contenant une tentative de preuve des usages réels en vigueur par un sondage fait auprès de gastro-entérologues sur leurs pratiques cliniques.

leur « raisonnabilité » soit établie au sens du Test de Bolam, tel que l'a précisé la décision *Bolitho* (Bolitho, 1997) rendue subséquemment :

To be held to be ‘responsible’ a body of opinion must also be shown to have a logical basis (p. 778).⁶ This clarification of the *Bolam* test has been greeted by commentators as a first move towards substantial judicial control over medical decision-making (Miola and Brazier, 2000); and, indeed, the Lord Chief Justice, Lord Woolf, has recently drawn on *Bolitho* as a warrant of greater judicial intrusiveness into the domain of professional judgment.⁷ The decision in *Bolitho* itself does not give grounds to anticipate a truly radical change in the liability regime, however. Lord Browne-Wilkinson stated there that medical opinion is likely to be upheld as rational and responsible in the vast majority of cases (p. 779). What *Bolitho* mandates is a form of procedural, as opposed to substantive, control over the exercise of clinical judgment; as long as a process of risk assessment has been gone through by the proponents of a course of action that is sufficient to exculpate the practitioner who follows it. This is indeed a weak standard of review. It simply seeks to promote among doctors the critical attitude that Popper holds to be definitive of the good faith among researchers and essential to the progress of science. (Harrington, 2002, pp. 219-220)

C'est dire qu'en droit anglais, les modalités de distanciation d'un standard traditionnellement fondé sur la coutume des pairs se révèlent dans une compétence nouvellement reconnue aux décideurs d'évaluer si les opinions médicales soumises en preuve présentent un « fondement logique » (Bolitho, 1997, p. 778 ; Watters, 2012 ; Leduc, 2007 ; Roberge, 1991), sans pour autant autoriser une analyse approfondie du contenu scientifique du jugement clinique. Le standard applicable demeure donc largement descriptif.

Cette synchronicité du Test de Bolam, tel que précisé dans la décision *Bolitho*, avec certaines caractéristiques de l'épistémologie de la médecine factuelle (notamment quant à l'importance accordée aux analyses de risques) pourrait également se traduire par une reconnaissance judiciaire accrue de directives élaborées conformément au programme de la médecine factuelle. En effet, bien que la présence d'une analyse de risques puisse se retrouver dans des directives fondées sur une variété d'approches et de considérations, la plupart des directives cliniques basées sur la médecine factuelle contiendront, par définition, une dimension d'analyse de risque, d'analyse coût-bénéfice et un souci d'efficience de la mesure clinique envisagée (Eisenberg, 2001, p. 372).

En droit étasunien les réaménagements jurisprudentiels d'un standard de la responsabilité médicale fondé sur la coutume ont pris une tout autre forme. Si traditionnellement, les tribunaux américains se sont intéressés à ce qui est répandu dans la pratique médicale (standard descriptif), une étude menée dans cinquante États américains révèle l'adoption croissante d'un standard visant à évaluer la « raisonnabilité » de la pratique médicale litigieuse, quoique le rôle des usages y demeure important (Peters, 2000, pp. 186-187 ; Williams, 2011).

C'est dans un tel contexte que la Cour suprême américaine, dans l'importante décision *Daubert* (Rosoff, 2001, p. 334), a mis en place un régime élaboré de révision par le décideur du contenu scientifique de la preuve administrée. 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 en vue de statuer sur son admissibilité :

- (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. (*Daubert*, 1993, pp. 593-595)

Bien que rendue dans un contexte d'évaluation de la responsabilité du fabricant d'un produit pharmaceutique, la décision *Daubert* a été reconnue par plusieurs auteurs comme étant génératrice d'enjeux d'importance en matière de responsabilité médicale (Daubert, 1993; Farrell, 1994).

Certains auteurs sont d'avis qu'il ne participe pas de la responsabilité civile de remettre entre les mains d'un décideur qui ne bénéficie généralement pas d'une formation scientifique le soin d'évaluer la qualité de la preuve scientifique soumise (Jonakait, 2013, p. 2013 ; Frederick, 1997), cette tâche étant plutôt traditionnellement dévolue aux experts (Leiter, 1997)³. Il se pourrait cependant, comme le

³ Il est possible de retrouver une réflexion analogue dans la décision *Leduc c Soccio*. En ce sens, la séparation du travail de connaissance en contexte judiciaire et l'existence d'une frontière entre un savoir accessible au juge seul et celui qui a à être administré par un expert participe de ce que Brian Leiter a qualifié de « paternalisme épistémique » ou *epistemic paternalism*.

remarque un auteur, que la mise en œuvre de *Daubert* ait un impact qui soit grandement atténué par la présence du critère de l'acceptation d'une opinion donnée (*the extent to which the methodology is generally accepted*) (4^{ième} élément du test de *Daubert*) résultant en un maintien d'un standard fondé sur l'usage dans la communauté médicale. Les critères de *Daubert* laissant une grande place dans l'appréciation de la preuve de la faute médicale (Kulich et al., 2003, p. 76), le poids des usages et de l'acceptation d'une pratique par la communauté médicale peut demeurer en effet d'importance (Williams, 2011).

Le régime de responsabilité médicale américain, à la lumière de la décision *Daubert*, subit donc une transformation graduelle d'un standard traditionnellement descriptif à un standard *normatif* (celui du médecin « raisonnable ») (Cramm et al., 2002, pp. 699-700) où les tribunaux se voient investis d'une fonction inédite d'évaluateurs de la qualité de la preuve médicale soumise. La modulation du poids relatif accordé aux différents critères du test de *Daubert* par les tribunaux pourra être déterminante quant à la distance que prendra le droit américain par rapport à un standard fondé sur l'usage des pairs.

Le standard applicable au médecin en droit québécois doit correspondre à ce qu'aurait fait un autre médecin raisonnablement compétent dans les mêmes circonstances (Lapointe, 1992). À première vue, le standard québécois semble coïncider dans une certaine mesure avec la formulation anglaise du standard de la faute médicale et être en conséquence de nature essentiellement coutumière. Cependant, une jurisprudence a reconnu que bien que l'adhésion à une pratique courante dans la profession médicale puisse correspondre aux obligations qui incombent au médecin, les tribunaux se reconnaissent la faculté de juger qu'une pratique, bien que généralisée, se situe en deçà du standard légal (Roberge, 1991 ; Leduc, 2007; Ter, 1995) si, par exemple, elle ne correspond pas aux données acquises de la science médicale (Kouri & Bernardot, 1980 ; Ter, 1995). Dans un tel contexte, la preuve d'expert sera investie du rôle central permettant d'éclairer le tribunal sur l'état des connaissances dans le domaine médical. Un tel témoignage ne lie cependant jamais le décideur (Roberge, 1991, p. 378) qui conserve la discréption de reconnaître un manquement à la norme applicable, si par exemple le médecin a manqué aux règles élémentaires de prudence (Kouri & Bernardot, 1980 ; Villemure, 1973).

Remarquons qu'en matière de responsabilité médicale québécoise, l'usage des pairs est un élément important dans la construction du standard de la faute médicale (Leduc, 2007; Ter, 1995),

sans être déterminant dans tous les cas. Par ailleurs, comme le remarque la Cour d'appel du Québec (Watters, 2012), le droit québécois en matière de détermination de la faute du médecin ne permet au décideur judiciaire d'intervenir que lorsque la pratique répandue présente une *négligence évidente contraire au sens commun, sans avoir pour ce faire besoin d'un savoir spécialisé*. C'est donc là dire que le poids des usages et des coutumes demeure central, que et « la brèche est étroite » s'agissant de la possibilité des tribunaux d'intervenir quant au contenu et au caractère adéquat d'un point de vue médical des pratiques et usages en cours dans les milieux cliniques :

As the Supreme Court noted in *ter Neuzen* in reviewing the application of the principles set forth in *Roberge* to doctors, there are indeed some circumstances where failure to adopt a common sense practice may be the source of negligence even where established medical practice might suggest otherwise. But Sopinka, J. made very plain that this is unusual, and that "[w]here a common and accepted course of conduct is adopted based on the specialized and technical expertise of professionals, it is unsatisfactory for a finder of fact to conclude that such a standard was inherently negligent".[6] My colleagues Pelletier and Dufresne, J.J.A. emphasized in *Hébert* that one must be mindful of the "étroitesse de la brèche"[7] represented by *Roberge*, a case dealing with the obligations of a notary. In complex circumstances like this one, clinical and diagnostic experience is critical to understanding whether a physician's conduct is reasonable. Where courts do not have the necessary expertise to assess technical matters relating to medical treatment, due regard must be given to the opinion of experts. (Watters, 2012)

Remarquons que la réception de directives par les instances décisionnelles pourra être l'élément de preuve établissant un usage couramment accepté ou encore une pratique jugée valable dans la communauté médicale (Gilliard, 2002, p. 26).

3. Le statut exceptionnel de la « faute » médicale dans le champ de la responsabilité civile et délictuelle

Plusieurs auteurs remarquent que le champ de la responsabilité médicale repose sur une qualité d'exception par rapport au régime général de la responsabilité : il n'existe aucun autre domaine où les usages qu'adoptent de manière répandue un groupe de justiciables

constituent de manière si déterminante le contenu de leurs obligations légales (Peters, 2000, p. 163). Phénomène révélateur du pouvoir de la profession médicale, la double existence d'un standard coutumier et de la « locality rule » ont historiquement eu pour conséquence que le corps médical fixait, de par les pratiques qu'il retenait, le standard juridique lui étant applicable (Mehlman, 2012, p. 1180). Une telle situation est habituellement justifiée par l'existence d'un cadre réglementaire, éthique et disciplinaire exigeant pour le médecin et qui vise à assurer un niveau de pratique responsable et sécuritaire :

Several factors allow the medical profession to enjoy this unique regime.^{4 2} First, medicine is highly specialized and complex. ³ Thus, lay jurors, who have no medical competence, can more easily identify medical custom. ^{4 4} Second, while other professionals act pursuant to their own interests, arguably, medical professionals' first priority is the interest of their patients. Essentially, according to this standpoint, those who use the service and those who provide it share the same goals.^{4 6} In this sense, custom would be naturally oriented toward efficient results. (Grosso, 2018, p. 81)

Malgré tout, il en demeure que le standard coutumier a fait l'objet de raffinements successifs, comme nous l'avons vu plus haut, et qui sont de deux ordres. Tout d'abord, dans l'ensemble des juridictions étudiées, l'introduction progressive de reformulations du standard de la faute médicale par l'inclusion de terminologies normatives telles que « respectable », « raisonnable » ou « prudente » (Peters, 2000, p. 180), ont permis aux décideurs judiciaires de porter un regard sur la qualité des pratiques proposées comme établissant la norme de conduite attendue.

Bien qu'un tel changement terminologique laisse suggérer une transition d'un standard descriptif à un standard normatif de « raisonnabilité », plusieurs soulignent que la mécanique mise en œuvre lorsqu'il est question de responsabilité médicale demeure toujours essentiellement fondée sur la preuve des pratiques acceptées par les milieux cliniques.—La « raisonnabilité » d'une pratique largement répandue ne sera donc jugée inadéquate que dans des cas évidents pour un juge ou un jury (Neil, 2009 : Watters, 2012, para. 77), hormis ces situations, la déférence judiciaire demeure en regard des pratiques coutumières dans les milieux cliniques. Pour reprendre les propos de la Cour suprême du Canada, citant l'auteur Fleming :

[TRADUCTION] La pratique courante joue un rôle manifeste dans les actions en responsabilité médicale. Tant parce qu'ils sont conscients de l'ignorance du profane en matière de la science médicale que parce qu'ils craignent les conséquences du parti pris des jurés sur une profession particulièrement vulnérable, les tribunaux ont insisté, à titre de sauvegarde, pour que la négligence dans le diagnostic et le traitement (y compris la communication des risques au patient / l'information du patient quant aux risques éventuels) ne puisse normalement être établie sans l'aide du témoignage d'un expert ou en l'absence de dérogation à la pratique médicale admise. Toutefois, il n'y a pas de règle catégorique. Ainsi, une pratique admise peut être blâmée par un jury (ou la preuve d'expert peut ne pas être requise) de toute façon lorsqu'il s'agit non pas de diagnostic ou du savoirfaire- du clinicien, mais de questions sur lesquelles le profane peut se permettre de prononcer un jugement judicieusement, comme l'omission d'informer le patient des risques, l'omission d'enlever une compresse, l'explosion provoquée par un mélange de vapeur d'éther et d'oxygène ou une blessure infligée au patient à l'extérieur de la région traitée [Je souligne. Notes omises] (Ter, 1995, p. 696).

À l'analyse, il faut bien conclure que lorsqu'il est question de pratiques médicales répandues, les juges se sont dotés d'outils de contrôle contre les situations manifestement déraisonnables ou présentant des risques inacceptables, les tribunaux agissant comme rambarde en cas de situations manifestement dangereuses. Les situations habituellement données en exemple pour illustrer de tels cas comprennent le défaut de stériliser du matériel chirurgical ou encore le défaut de procéder au décompte des compresses suite à une opération. Il serait possible d'en conclure que les tribunaux, en matière de responsabilité médicale, sont investis du rôle « négatif » d'écartier les pratiques *déraisonnables*, plutôt que du rôle positif d'évaluer en profondeur la qualité et les fondements des pratiques coutumières. Cette situation est celle qui est encore dominante dans les régimes de responsabilité médicale, comme le rappelle l'auteur Melhman :

Acceptance of the customary standard of care became widespread not only in the subsequent case law but also in learned commentaries. As recently as 2002, for instance, James Blumstein, a leading authority on medical malpractice, stated that, while in ordinary tort cases “custom is a factor to be considered and evaluated by a fact-finder in the determination of negligence, but it is not determinative of the inquiry,” in medical malpractice actions, “conventional doctrine relies on the ‘customary practices of the medical profession as the benchmark of acceptable behavior’(Mehlman, 2012, p. 1183).

Une autre avenue touche plutôt à la mise en place de paramètres procéduraux portant sur la preuve qui peut être présentée en contexte de responsabilité médicale, et contrôlant par la forme, que par le fond, la qualité des pratiques médicales. Certaines remarques s'imposent maintenant afin de bien cerner l'importance et l'origine de telles orientations, et leur lien avec les données probantes, d'une part, et les directives cliniques, d'une autre.

4. Standard « coutumier » et de « raisonnabilité » : oppositions et superposition

À première vue, l'existence d'un standard « coutumier » propre à la responsabilité médicale semble confirmer le pouvoir médical et l'aménagement d'un régime où la profession fixe elle-même le standard juridique qui lui sera applicable, certains auteurs allant même jusqu'à dire que cette situation place le corps médical « au-dessus de la Loi » (Peters, 2000, pp. 958-959). Ce privilège unique, apparente « anomalie » dans le régime de la responsabilité, favorise une convergence du régime de la responsabilité médicale au régime général de responsabilité fondé sur la raisonnabilité. À l'analyse, cependant, l'adoption d'un vocabulaire normatif de « la personne raisonnable » par exemple, n'a pas eu pour effet d'écartier le poids des usages dans la détermination de la pratique médicale, et ce, il faut le souligner, principalement en raison de la latitude qui est offerte dans la manière de faire la *preuve* de ce qui est constitutif d'une une pratique clinique juridiquement acceptable (Peters, 2000, pp. 958-959).

Il est également intéressant de noter, dans une perspective réaliste, que les effets *réels* d'un standard coutumier ne sont pas ceux que laissent entrevoir cette première impression, et que la position du médecin défendeur soumis au standard coutumier n'est pas aussi avantageuse qu'elle puisse sembler. En, effet, les experts, dans leur témoignage portant sur le standard coutumier applicable à un cas d'espèce, présentent une vision qui ne correspond pas à la réalité des usages dans les milieux cliniques pertinents, voire même parfois *plus exigeante* que celle observable dans les statistiques portant sur les pratiques effectives (Meadow & Sunstein, 2001, pp. 637-645). Nous sommes d'avis qu'adopter une telle perspective réaliste et empirique de la *preuve du standard coutumier* soit possible de la même façon.

5. Conclusion

Cependant, à l'heure actuelle, la preuve de la coutume n'est généralement pas appuyée d'une telle preuve. Cette situation paradoxale met en lumière la fragilité théorique d'un standard affirmant refléter les usages répandus sans par ailleurs baliser clairement la preuve qui permettra d'en établir le contenu. L'incertitude ainsi générée dans un standard décrit comme « empirique » ou « descriptif », mais qui en pratique se réalise par une preuve subjective, basée en définitive sur les opinions, est source de critiques qui se sont déployées tant dans les champs de la médecine que du droit.

Nous avons référé, dans des travaux antérieurs, à l'existence d'un mouvement synchronisé (Léger-Riopel, 2012), en médecine comme en droit, visant à favoriser un éloignement de pratiques fondées *sur les opinions*, jugées insatisfaisantes d'un point de vue scientifique. En droit, c'est un contrôle plus rigoureux de la preuve scientifique et médicale qui a été reconnu comme l'expression de cette tendance (Noah, 2002). Comme nous l'avons vu, les affaires *Daubert*, *Frye* et *Bolitho* ont eu pour effet d'assujettir la preuve d'expert à un examen de ses fondements scientifiques, avant de permettre son admission en preuve. Bien que, il convient de le remarquer, une place soit laissée dans ces décisions à la « coutume » par « l'acceptation par les pairs » d'une prise de position scientifique donnée, un tel critère fondé sur les usages sera atténué par l'existence d'autres considérations de nature scientifique (si la position de l'expert est vérifiable, si elle a fait l'objet de publications, etc.). Il est intéressant de rappeler que cette perspective favorable à une plus grande rigueur scientifique a également été entérinée par la magistrature de différentes juridictions, notamment par l'adoption de différents manuels (Institut, 2018 ; Berger, 2020) visant le traitement de la preuve scientifique. En d'autres termes, en plus du contrôle effectué par l'exclusion des pratiques coutumières qui présenteraient des carences ou des dangers évidents, les tribunaux sont désormais également investis du rôle de « gardiens » de la qualité de la preuve scientifique qui sera soumise en vue d'évaluer le caractère approprié d'une pratique.

Une telle preuve, dès lors, ne pourra reposer uniquement sur les usages répandus et ne sera admissible que dans la mesure où elle présente également une validité scientifique jugée suffisante suivant les tests jurisprudentiels. Ajoutons cependant que nous sommes d'avis, comme

d’autres auteurs (Blake, 2013, p. 48), qu’une telle situation où coïncide une pratique répandue avec un fondement scientifique adéquat sera la norme plutôt que l’exception.

Cette réflexion mène à la question suivante : est-ce que la pratique « raisonnable » et la pratique « coutumière » entretiennent réellement un rapport antagoniste, tel que ces deux tendances sont généralement présentées par la doctrine juridique ?

Rappelons que l’intégration graduelle d’une terminologie plus « normative » par les tribunaux en vue d’apprécier la raisonnableté des pratiques cliniques n’est pas nouvelle. Il y eu – et il y aura – inévitablement toujours des cas où une situation clinique particulière ou rare ne permette pas d’identifier un usage répandu ou coutumier auquel la comparer, le décideur devant alors décider de la raisonnableté de la conduite (Abraham, 2009, p. 1819 ; Bélanger-Hardis & Boivin, 2005, pp. 662-663).

Par ailleurs, comme le souligne Peters, les tribunaux ont traditionnellement considéré comme « raisonnable » une pratique lorsque la preuve permettait de reconnaître son caractère répandu et accepté par les milieux cliniques (Peters 2000 : 188). Cette convergence du standard de la raisonnableté et du standard coutumier a eu pour effet, et continue d’avoir pour effet que, même aujourd’hui, les décideurs judiciaires utilisent un vocabulaire contenant par moment à la fois des éléments descriptifs et normatifs pour décrire le standard applicable en matière de responsabilité médicale (Peters, 2000, pp. 170-177).

La déférence aveugle aux usages répandus et à la coutume comme étant décisifs quant à la question de la conduite attendue du médecin est cependant révolue. Il importe de souligner que cette transition, loin d’être marquée par un changement drastique ou un revirement jurisprudentiel définitif, est toujours en cours (Peters, 2000, p. 170). Ce changement, cette distanciation de l’opinion et des usages est en retour accentuée par la généralisation croissante de la médecine factuelle (Grosso, 2018 ; Hurwitz, 2004b) comme modèle dominant de la pratique clinique et par les directives cliniques qui en sont une expression pratique (Grosso, 2018, p. 87). Les pressions visant à une plus grande rigueur dans les fondements de la pratique médicale continuent donc de se déployer tant dans les champs de la médecine que du droit.

Conflict of interest

The author declares that there is no conflict of interest.

AI Use statement

AI was not used in the paper.

References

- Abraham, K. S. (2009). Custom, Noncustomary Practice, and Negligence. *Columbia Law Review* 109(7), 1784–1822.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1338312
- Bélanger-Hardy, L. & Boivin, D. 2005. *La responsabilité délictuelle en common law*. Québec : Éditions Yvon Blais, 662–663.
- Berger, M. A. (2011). The Admissibility of Expert Testimony. *Manual on Scientific Evidence* (3rd ed.). Federal Judicial Center. Washington: National Academies Press.
- Blake, V. (2013). Medicine, the Law, and Conceptions of Evidence. *Virtual Mentor* 15(1), 46–50.
<https://doi.org/10.1001/virtualmentor.2013.15.1.hlaw1-1301>
- Bolam v Friern Hospital Management Committee*, [1957] 1 WLR 582.
- Bolitho v City and Hackney Health Authority*, [1997] 4 All ER 771.
- Brown, D. R. (1993). Panacea or Pandora's Box: The "Two Schools of Medical Thought" Doctrine After *Jones v. Chidester*, 610 A.2d 964 (Pa. 1992). *Urban Law Annual* 44, 223–234.
https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1156&context=law_urbanlaw
- Cappellino, Anjelica. (2023). Guide To Motions, Hearings, and Rulings. Expert Institute.
- <https://www.expertinstitute.com/resources/insights/the-daubert-standard-a-guide-to-motions-hearings-and-rulings-old/>

- Cheah, T. S. (1998). The Impact of Clinical Guidelines and Clinical Pathways on Medical Practice: Effectiveness and Medico-Legal Aspects. *Annals Academy Medicine Singapore* 27(4), 533–539.
- Chénier, R.-J. (2004). Resource Allocation and the Standard of Care of Physicians. *La Revue du Barreau Canadien* 83(1), 1–33. <https://cbr.cba.org/index.php/cbr/article/view/3987>
- Cooke, B. K., Worsham, E., & Reisfield, G. M. (2017). The Elusive Standard of Care. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 45(3), 358–364. <https://jaapl.org/content/45/3/358.long>
- Cramm, T., Hartz, A.J., & Green, M.D. (2002). Ascertaining Customary Care in Malpractice Cases: Asking Those Who Know. *Wake Forest Law Review* 37, 699–700.
- Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc*, (1993) 509 US: 579–95.
- Eisenberg, J. M. (2001). What Does Evidence Mean? Can the Law and Medicine Be Reconciled? *Journal Health Politics, Policy & Law* 26(2), 369–381.
- Farrell, M. G. (1994). Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc: Epistemology and Legal Process. *Cardozo Law Review* 15, 2183–2217.
- Frederick, B. (1994). Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.: *Method or Madness?*. *Connecticut Law Review* 27, 237–278. https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journal_s/conlr27&div=18&id=&page=
- Gilliard, F. (2002). *La relation sujet-objet et ses avatars dans la genèse du juridique*. Librairie Droz.
- Ginsberg, M. (2013). The Locality Rule Lives! Why? Using Modern Medicine to Eradicate an “Unhealthy” Law. *Drake Law Review* 61, 321–373. https://drakelawreview.org/wp-content/uploads/2015/07/irvol61-2_ginsberg.pdf
- Grosso, S. (2018). What Is Reasonable and What Can Be Proved as Reasonable: Reflections on the Role of Evidence-Based Medicine and Clinical Practice Guidelines in Medical Negligence Claims. *Annals of Health Law* 27(1), 79–86. <https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1456&context=annals>
- Harrington, J. A. (2002). Red in Tooth and Claw': The Idea of Progress in Medicine and the Common Law. *Social & Legal Studies* 11(2), 219–220.

- Henson, N. (2018). A Taste of Their Own Medicine: Examining the Admissibility of Experts' Prior Malpractice Under the Federal Rules of Evidence. *Vanderbilt Law Review* 71(3), 995–1031.
<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol71/iss3/5/>
- Hurwitz, B. (1998). *Clinical Guidelines and the Law: Negligence, Discretion, and Judgement*, London: CRC Press.
- Hurwitz, B. (2004). How does evidence-based guidance influence determinations of medical negligence? *The BMJ* 329.
- Institut National de la Magistrature. Manuel Scientifique à l'Intention des Juges Canadiens. www.nji-inm.ca/index.cfm/publications/science-manual-for-canadian-judges/?langSwitch=fr.
- Jonakait, R. N. (1994). The Meaning of Daubert and What That Means for Forensic Science. *Cardozo Law Review* 15(6), 2103–2118.
https://digitalcommons.nyls.edu/fac_articles_chapters/1054/
- Khan, M., & Robson, M. (1995). What is a Responsible Body of Medical Opinion? *Professional Negligence* 11.
- Kinney, E. D., & Wilder, M. M. (1989). Medical Standard Setting in the Current Malpractice Environmental: Problems and Possibilities. *University of California Davis Law Review* 22, 441–442.
https://lawreview.law.ucdavis.edu/sites/g/files/dgvnsk15026/files/media/documents/DavisVol22No2_Kinney.pdf
- Kouri, R. P., & Bernardot, A. (1980). *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke: Éditions Revue du droit , 450 p.
- Kramer v Milner*, [1994] 639 NE 2d 157.
- Kulich R. J., Driscoll, J., Prescott, J. C., Pelletier, N., Driscoll, S., Cooke, W. L., Correa, N., & Mehta, R. (2003). The Daubert Standard, A Primer for Pain Specialists. *Pain Medicine* 4(1), 75–80.
<https://academic.oup.com/painmedicine/article/4/1/75/1816689>
- Lapointe c Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 RCS 351, 90 DLR (4^e) 7.
Leduc c Soccio, 2007 QCCA 209.
- Leiter, B. (1997). The Epistemology of Admissibility Why Even Good Philosophy of Science Would Not Make for Good Philosophy of Evidence. *Brigham Young University Law Review* 1997. Issue 4, 803–820.
<https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2777&context=lawreview>

- Meadow, W. & Sunstein, C. R. (2001). Statistics, Not Experts. *Duke Law Journal* 51(2), 629–646.
<https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol51/iss2/2/>
- Mehlman, M. J. (2012). Professional Power and the Standard of Care in Medicine. *Case Western Reserve University: Faculty Publications* 574, 637–1183.
https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1576&context=faculty_publications
- Mello, M. M. (2002). Using Statistical Evidence to Prove the Malpractice Standard of Care: Bridging Legal, Clinical and Statistical Thinking. *Wake Forest Law Review* 37(3), 821–860.
- Morgan v Sheppard*, [1963] 188 NE 2d 808.
- Neil, V. (2009). Juries and Medical Malpractice Claims: Empirical Facts versus Myths. *Clinical Orthopaedics and Related Research* 467(2), 367–375.
<https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC2628507/>
- Noah, L. (2002). Medicine's Epistemology: Mapping the Haphazard Diffusion of Knowledge in the Biomedical Community. *Arizona Law Review* 44(2), 373–466.
- Peters, Philip G. Jr. (2000). The Quiet Demise of Deference to Custom: Malpractice Law at the Millennium. *Wash & Lee Law Review* 57(1). No. 5, 163–959.
<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1313&context=wllr>
- Roberge c Bolduc*, [1991] 1 RCS 374, 78 DLR (4e) 666, 378.
- Rosoff, A. J. (2001). Evidence-Based Medicine and the Law: The Courts Confront Clinical Practice Guidelines. *Journal of Health Politics, Policy and Law* 26(2), 327–368.
- Samanta, A., Mello, M. M., Foster, C. & Tingle, J. (2006). The Role of Clinical Guidelines in Medical Negligence Litigation: A Shift from the Bolam Standard?. *Medical Law Review* 14(3), 321–366.
- Samantha, Ash, Jo S., & Gunn, M. (2003). Legal Consideration of Clinical Guideline: Will Nice Make a Difference? *Journal of the Royal Society of Medicine* 96(3), 133–138.
<https://journals.sagepub.com/doi/epdf/10.1177/014107680309600310>
- Szczyrbak, M. (2022). Interacting with the Expert Witness: Courtroom Epistemics Under a Discourse Analyst's Lens. In: Guillén-Nieto, V., Stein, D. (Eds.) *Language as Evidence* (pp. 105–

- 130). Palgrave Macmillan, Chapter
5.https://doi.org/10.1007/978-3-030-84330-4_5
- Shanmugam, K. (2002). Testing the Bolam Test: Consequences of Recent Developments. *Singapore Medical Journal* 43(1), 7–11 <http://www.smj.org.sg/sites/default/files/4301/430111.pdf>
- Teff, H. (1998). The Standard of Care in Medical Negligence - Moving on From Bolam? *Oxford Journal of Legal Studies* 18(3), 473–484.<https://academic.oup.com/ojls/article-abstract/18/3/473/1492927>
- Ter Neuzen c Korn*, [1995] 3 RCS 674, 127 DLR (4^e) 577, 696.
- Toth v Community Hospital at Glen Cove*, [1968]. 22 NY 2d 255.
- Upfold, J. (2002). Emergency Department Overcrowding: Ambulance Diversion and the Legal Duty to Care. *Canadian Medical Association Journal* 166(4), 445–446. <https://www.cmaj.ca/content/166/4/445>
- Villemure c Hôpital Notre-Dame*, [1973] RCS 716, 31 DLR (3d) 454.
- Watters c White*, 2012 QCCA 257.
- Williams, C. L. (2011). Evidence-Based Medicine in the Law Beyond Clinical Practice Guidelines: What Effect will EBM have on the Standard of Care? *Washington and Lee University School of Law Review* 61(1), 479–533. <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol61/iss1/10/>