

LA RÉCEPTION JUDICIAIRE DES DIRECTIVES ENCADRANT LES ACTIVITÉS CLINIQUES DES MÉDECINS

Nicholas Léger-Riopel*

Cet article vise à saisir la question des directives cliniques comme une forme de mise en œuvre du mouvement dit de « médecine basée sur les faits », paradigme émergent en matière de règles de l'art médical. Envisager les directives cliniques comme une expression spécifique de l'épistémologie médicale, en considération de l'interface particulière qu'entretient le droit avec la science, pourrait amener une meilleure compréhension du sort réservé à l'utilisation des directives cliniques dans un contexte judiciaire. Cet article incorpore le modèle du professeur Arnold J Rosoff quant aux différentes approches et usages possibles que les tribunaux pourraient faire des directives cliniques, à la lumière de particularités pertinentes des contextes juridiques québécois de responsabilité médicale et disciplinaire.

This article examines the question of clinical practice guidelines (CPGs) as an instrumental expression of the “evidence-based medicine” movement, the rising paradigm of medical good practice. To consider the CPGs as a specific expression of medical epistemology in contrast with the law's interface with science is likely to provide better insight as to how – and why – CPGs are received the way they are in a judicial context. This article uses professor Arnold J Rosoff's modelization of the various possible approaches courts might endeavour in the light of particular features of Quebec medical liability and disciplinary law.

L'interface entre les connaissances et les notions issues du domaine médical et leur transfert en droit est d'actualité et a suscité un nombre important de questions au cours des dernières années.

Les observateurs du droit de la santé ont constaté que les enjeux du transfert transdisciplinaire de connaissances prennent une acuité particulière en ce qui a trait à la réception en droit de la notion de

* L'auteur est avocat et doctorant en droit à l'Université de Montréal. L'auteur tient à remercier le professeur Patrice Deslauriers ainsi que madame Agnès Viau, chargée de cours à l'Université de Montréal, pour leurs commentaires sur une version préliminaire de cet article.

« directives », lesquelles visent à encadrer les activités cliniques des médecins. Ces questions se posent en particulier à l'occasion d'activités judiciaires disciplinaires ou en matière de responsabilité professionnelle des médecins.

Ces enjeux posent de sérieux défis à l'activité judiciaire et s'inscrivent comme la conséquence d'un changement plus profond dans les conditions de formation tant du savoir juridique que du savoir médical, en raison de la montée en puissance des exigences d'empirisme dans ces deux disciplines. En droit, ce changement a eu pour effet d'accentuer et de généraliser la nécessité de preuves scientifiques en matière de responsabilité médicale.

Parallèlement, en médecine, s'est développé le courant dit de la « médecine basée sur les faits » (Evidence-Based Medicine ou « EBM »), courant qui remet en question les attitudes traditionnelles d'acquisition de savoir et de processus décisionnels des cliniciens. Dans une remarquable étude sur la question, l'auteur Lars Noah indique que le mouvement EBM est d'une typologie tout à fait autre que les habitudes traditionnelles d'acquisition et d'évaluation de connaissances par les cliniciens :

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 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 practice¹.

L'auteur Rosoff indique que la multiplication des différentes directives qui visent à encadrer l'activité clinique des médecins constitue l'une des plus importantes manifestations pratiques des visées de l'EBM², quoiqu'il importe de retenir les avertissements de plusieurs auteurs quant aux risques d'utiliser indistinctement ces deux expressions comme étant synonymes³.

¹ Lars Noah, "Medicine's Epistemology: Mapping the Haphazard Diffusion of Knowledge in the Biomedical Community" (2002) 44 *Ariz L Rev* 373 aux pp 382-83.

² Arnold J Rosoff, "Evidence-Based Medicine and the Law: The Courts Confront Clinical Practice Guidelines" (2001) 26:2 *J Health Pol* 327.

³ Noah, *supra* note 1 à la p 419.

Nous aborderons certains des principaux contextes de formulation des directives cliniques ainsi que certaines des fonctions qui leur ont été reconnues afin de contribuer à l'émergence d'une définition autonome de directive comme notion juridique. Cet article incorpore la modélisation du professeur Arnold J Rosoff quant aux différentes approches et usages possibles que les tribunaux pourraient faire des directives cliniques, à la lumière de particularités pertinentes des contextes juridiques québécois de responsabilité médicale et disciplinaire.

Nous verrons également que le mouvement EBM n'est pas sans soulever des enjeux spécifiques qui concernent notamment la formulation, en droit, de la norme scientifique applicable, plus particulièrement en matière de responsabilité professionnelle et disciplinaire du médecin. C'est dans de tels contextes que la question de la réception en droit des directives cliniques, notamment comme preuve de la norme professionnelle ou du critère scientifique applicable, fera l'objet de notre étude.

1. Tentatives de définitions

C'est dans le champ du droit administratif, et plus particulièrement dans le cadre de la théorie du pouvoir discrétionnaire, que l'essentiel de l'effort de qualification et de conceptualisation de la notion de directive peut être observé en droit québécois.

Les auteurs Pierre Issalys et Denis Lemieux indiquent que les directives sont des instructions énoncées par voie d'avis ou de lettre par une autorité administrative⁴. Ces instructions ont pour objet de faire connaître les modalités d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Les auteurs distinguent cependant les directives des guides et manuels qui sont des textes de référence qui indiquent la façon d'agir en application d'une loi ou d'un règlement. Les auteurs René Dussault et Louis Borgeat ne partagent pas cette distinction et indiquent que la catégorie juridique de « directive » embrasse une variété de documents de nature non réglementaire dont les « circulaires », « guides », « manuels », « instructions », « règles d'interprétations » « politiques » et « principes directeurs »⁵.

⁴ Voir notamment Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009 à la p 109.

⁵ René Dussault et Louis Borgeat, *Traité de droit administratif*, Québec, Presse de l'Université Laval, t 1, 2^e éd., 1989 à la p 417 et s.

L'auteur Garant indique que la directive « sert souvent à l'encadrement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et de ce fait peut assujettir les administrés au respect de certains critères ou conditions »⁶.

Puisqu'elles découlent de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré aux autorités d'un centre hospitalier et non d'une habilitation expresse, ces directives peuvent être qualifiées de directives « sans statut juridique ». L'auteur Filion rappelle toutefois que de telles directives sans statut juridique ont une valeur incitative et interprétative⁷ en ce qu'elles témoignent du comportement recherché des personnes qui y sont assujetties.

Un autre courant doctrinal a toutefois reconnu que des directives peuvent de plus avoir une portée obligatoire, puisqu'elles participent à la mise en œuvre des pouvoirs et responsabilités conférés par la loi à une autorité administrative :

Face à de tels pouvoirs et responsabilités, l'autorité administrative à un rôle qui se compare, à certains égards, à celui d'un président directeur général d'entreprise : assurer la gestion de l'entité qu'il dirige. Pour assumer ces responsabilités, diverses voies sont possibles selon le type de gestion qu'on privilégie. L'autorité administrative peut d'abord décider de donner à ceux qu'elle dirige des ordres adaptés à chaque cas d'espèce. Elle peut aussi choisir d'édicter des normes de conduite générale s'appliquant à un ensemble de situations. Pour être facilement consultées par un grand nombre de personnes, réparties sur l'ensemble du territoire, et pour éviter les ambiguïtés d'interprétation pouvant résulter de l'expression verbale, ces normes sont généralement, tout au moins dans l'administration publique, exprimées par écrit : ce sont alors des directives. Finalement, on constate que celles-ci ne sont que le mode d'expression d'un type de gestion normatif et formalisé qui est choisi ou dicté par les circonstances. Ainsi, comme le souligne M. Filion, « si le législateur rend une autorité administrative responsable de la direction d'un organisme quelconque, il lui donne en même temps un certain pouvoir d'établir des directives. (...) Lorsqu'elle est impérative, la directive est obligatoire et le fonctionnaire n'a pas le choix de respecter ou non ce qui lui est dicté. La directive constitue alors une règle qu'il doit suivre dans l'élaboration de ses décisions ou dans l'accomplissement de ses fonctions au même titre qu'un ordre verbal qu'il aurait reçu de son supérieur pour résoudre un cas précis »⁸.

⁶ Patrice Garant, *Droit administratif*, 6^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010 à la p 263.

⁷ Michel Filion, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives : les directives » (1979) 20 C de D 855.

⁸ Dussault et Borgeat, *supra* note 5 aux pp 420, 425.

Sans prétendre être à même de départager ces positions doctrinales en apparence irrésolubles quant à la question du caractère obligatoire des directives, rappelons que cette question est distincte de deux autres questions souvent liées, soit celle du type de sanctions pouvant découler en cas de violation d'une directive et celle des forums habilités à encadrer l'activité d'édiction de directive en fonction des droits procéduraux applicables⁹. La jurisprudence récente que nous abordons a plus particulièrement été appelée à envisager la question de la légalité des directives cliniques comme fondement de sanctions en cas de manquement par le médecin assujetti.

2. La directive comme un nécessaire effort de synthèse dans un contexte d'inflation informationnelle

Les médecins sont appelés à composer avec une inflation informationnelle sans précédent, sans doute accélérée par l'informatisation croissante du milieu hospitalier et la multiplication des banques de données aisément accessibles et qui présentent, avec un souci variable d'organisation, des avis qui émanent d'agences gouvernementales, d'acteurs du milieu pharmaceutique ou des données récentes issues du monde de la recherche. Ce changement s'inscrit pour certains observateurs dans l'émergence de ce qui est désormais commun de qualifier d'« économie du savoir »¹⁰.

Comme l'ont exposé plusieurs études, les médecins font appel aux *heuristiques*, soit des interfaces visant à la simplification des données disponibles dans le cadre de leurs activités cliniques¹¹. La composition de ces heuristiques pourra varier en fonction de la vision qu'a le clinicien de la médecine et de ce qu'est un savoir valable dans le cadre de ses activités cliniques. Dit autrement, l'utilisation d'heuristiques n'implique pas un souci méthodologique ou scientifique plus important chez le médecin, mais s'avère plutôt le nécessaire recours à des modélisations et des « règles de pouce » issues de l'expérience :

⁹ Sur ces questions, voir *Martineau c Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 RCS 602; *Roper c Royal Victoria Hospital et al*, [1975] 2 RCS 62.

¹⁰ Noah, *supra* note 1 à la p 373.

¹¹ L'auteur Noah a recensé un important nombre d'études à cet effet. Voir Lars Noah, *supra* note 1 p 373, n 20: David A Bergman & Robert H Pantell, "The Impact of Reading a Clinical Study on Treatment Decisions of Physicians and Residents" (1986) 61 J Med Educ 380; Donald M Berwick et al, "When Doctors Meet Numbers" (1981) 71 Am J Med 991; David M Eddy "The Challenge" (1990) 263 JAMA 287; HJ Featherstone et al, "Distorted Learning from Unusual Medical Anecdotes" (1984) 18 Med Educ 155; Chris Guthrie et al, "Inside the Judicial Mind" (2001) 86 Cornell L Rev 777; Donald A Redelmeier & Eldar Shafir, "Medical Decision Making in Situations That Offer Multiple Alternatives" (1995) 273 JAMA 302; Anthony S Dixon, "The Evolution of Clinical Policies" (1990) 28 Med Care 201.

Tanenbaum, Belkin, and Matthews all recognize a broad distinction between hands-on clinicians and the more data-driven types who tend to be drawn into the fields of research medicine, health plan administration, and health policy formulation. The conflict between their worldviews is mirrored in the faceoff between those who practice medicine in the trenches and those who run MCOs, governmental health programs, and the federal health policy process¹².

Or, la pression croissante de l'approche EBM en faveur de la standardisation des pratiques cliniques ainsi que l'exigence de fondement des plans thérapeutiques choisis par les médecins sur des données empiriques, idéalement quantitatives, n'est pas sans occasionner certains enjeux liés aux décalages pouvant exister avec le savoir du praticien traditionnellement fondé sur l'expérience, les situations particulières et une part d'intuition.

La mise en lumière de l'existence même de l'utilisation d'heuristiques par les médecins et leur décloisonnement comme objet valable d'étude constitue pour certains observateurs du milieu de la santé un pas essentiel vers la normalisation de la pratique clinique et l'utilisation plus efficiente des ressources médicales¹³. Or, c'est en partageant cette perspective que les directives peuvent être considérées comme un effort structuré de synthétisation des données disponibles dans un contexte d'accès limité à toutes les ressources informationnelles en principes disponibles aux cliniciens. C'est là une définition fonctionnelle de la notion de directive généralement admise tant par les auteurs que par certains organismes reconnus comme faisant autorité en matière médicale¹⁴.

3. La directive comme outil de gestion hospitalière

La loi ne fournit généralement que très peu de détails permettant de distinguer les domaines respectifs de compétence et les fonctions des différents groupes de professionnels appelés à intervenir dans le quotidien de la pratique en milieu hospitalier. C'est là une tâche qui semble avoir été largement reléguée aux établissements de santé et aux différentes figures d'autorités – généralement légalement constituées – qui y évoluent, dont les chefs de départements cliniques et directeurs des services professionnels qui sont généralement responsables de l'organisation matérielle et médicale en centre hospitalier.

¹² Rosoff, *supra* note 2 à la p 349.

¹³ Clement J McDonald, "Medical Heuristics: The Silent Adjudicators of Clinical Practice" (1996) 124 Ann Intern Med 56 à la p 61.

¹⁴ JP Bassan and L Rydén, "Guidelines: making the headlines or confined to the sidelines?" (1999) 20 Eur Heart J 1149.

Cette imprécision législative quant à l'organisation de l'offre de soins de santé a pour résultat l'adoption d'une variété de normes, notamment mises en place pour fournir les modalités d'exercice de l'activité clinique en centre hospitalier. Dans un tel contexte, certaines normes qui encadrent la pratique des médecins exigent un exercice de qualification puisque leur adoption ne résulte pas d'un processus déterminé expressément par la loi et ses règlements. Ces normes peuvent notamment être adoptées par différentes autorités, non en vertu d'une disposition habilitante expresse, mais plutôt à titre de complément nécessaire aux habilitations et responsabilités conférées aux instances administratives du centre hospitalier.

Certains travaux indiquent que les directives, lorsque adoptées suite à une consultation inclusive de tous les professionnels médicaux intéressés, peuvent servir de point focal permettant de clarifier les fonctions de chacun et d'aménager les ressources médicales et matérielles en conséquence de l'entente ainsi concrétisée par la directive.

Ce faisant, la directive participe de fonctions autorégulatrices de nature contractuelle et une étude menée sur l'ensemble du territoire écossais indique qu'elle sert de pont entre différents domaines de savoir et de compétences professionnelles en milieu hospitalier¹⁵. La directive sert à clarifier les rôles respectifs des professionnels issus de différentes disciplines et peut établir des conventions quant au langage technique partagé par ces professionnels dans le cadre de leur pratique clinique. La directive assume alors une fonction typiquement attribuée au droit, soit la prévention des conflits.

4. Les directives cliniques en contexte judiciaire

A) La directive : une norme à contenu variable

La mise en place effective de directives en vue d'encadrer les activités cliniques des médecins peut se concevoir en lumière de l'irréductible complexité de certains actes que sont appelés à poser les médecins. Il s'agit là d'un obstacle auquel ont été confrontés les promoteurs des directives cliniques¹⁶.

¹⁵ Elisabeth Davenport, "Clinical Guidelines and the Translation of Texts into Care: Overcoming Professional Conflict Concerning Evidence-Based Practice" (2000) 56:5 J Doc 505. Voir aussi National Health Lawyers Association, *Clinical guidelines and the law - Colloquium report on legal issues related to clinical practice guidelines*, Washington (DC), NHLA, 1995.

¹⁶ Michelle M Mello, "Using Statistical Evidence to Prove the Malpractice Standard of Care: Bridging Legal, Clinical and Statistical Thinking" (2002) 37 Wake Forest L Rev 821, à la p 844.

La notion même de directive telle que généralement conçue en droit pourrait sous-tendre certaines caractéristiques que les directives, telles que vécues notamment en centre hospitalier, ne comportent pas. Si l'acception habituelle de directive sous-tend un rapport administrateur-administré, les directives peuvent fort bien être des actes multipartites relevant de l'autorégulation spontanée prenant place entre médecins afin de clarifier leurs rôles respectifs en vue d'une meilleure collaboration médicale et matérielle. Ce faisant, les directives ne participent pas d'une compréhension « EBM » de la médecine mais bien plutôt d'une volonté plus pragmatique.

Sans exemplifier toutes les situations où des médecins s'estimeront en présence d'une directive, remarquons seulement que ces situations et ces documents risquent d'être multiples et pourront dans certains cas se révéler être l'expression d'une pratique coutumière déjà largement en vogue. Ce faisant, les directives pourraient avoir pour effet d'entériner des pratiques désuètes ou d'en justifier l'usage¹⁷. Les directives telles que conceptualisées par l'approche EBM se veulent plutôt une synthèse des données disponibles ou encore une volonté d'opérer une réforme de certaines habitudes cliniques des médecins.

Les directives sont complexes et leur contenu variable puisque ces documents se situent à la frontière de la normativité professionnelle et de la normativité juridique. Il s'agit peut-être, pour reprendre la formule de André-Jean Arnaud, de la manifestation d'un infradroit¹⁸. La difficulté pour le droit de se saisir des directives est possiblement liée à la difficulté qu'a la terminologie « directive » telle qu'entendue au sens courant ou au sens que lui donne le domaine médical à interagir et à s'intégrer aux institutions et catégories fondamentales¹⁹ du droit positif que sont la loi, les règlements, les actes juridiques, les contrats ... À tout événement, les réponses à être apportées par la jurisprudence à ces questions de définition préciseront le régime juridique applicable au sein duquel l'enjeu des directives sera abordé.

¹⁷ Rosoff, *supra* note 2 à la p 337. Voir également, Noah, *supra* note 1 à la p 460.

¹⁸ C'est-à-dire que c'est en fonction de pressions (et de besoins) extérieurs au droit (l'infra-droit) que le droit évolue et tente de s'adapter. Sur cette notion, voir André-Jean Arnaud, « Le droit, un ensemble peu convivial » (1989) 11/12 *Dr et Soc* 81. Voir également André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique : où va la société du droit*, Paris, LGDJ, 1981.

¹⁹ Sur la question des catégories et de leurs effets en droit voir : Michelle Cumyn, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques. Réflexions sur la systématique du droit » (2011) 52 *C de D* 351.

B) Considérations procédurales

Plusieurs auteurs constatent que les directives, telles qu'envisagées par l'approche EBM, ont comme objectif exprimé de réduire les coûts judiciaires en offrant d'une part, un accès plus facile au standard professionnel pour le décideur (certains allant jusqu'à proposer de faire des directives le standard légal applicable)²⁰ et d'autre part, de minimiser les coûts afférents à l'administration d'une preuve d'expert²¹.

L'auteure Michelle M Mello souligne cependant qu'à l'analyse, une preuve d'expert demeurera nécessaire pour une variété de raisons : identifier si la directive s'applique en l'espèce, si un manquement à la directive s'observe réellement, si la directive présente des données à jour ou encore si la directive possède des assises scientifiques sérieuses. Un expert pourrait également être nécessaire pour juger du degré d'autorité de la directive dans la communauté médicale, cette information échappant à la connaissance du juge²². Ajoutons également que la preuve d'expertise pourra être nécessaire pour guider un décideur face à des directives contradictoires²³. L'auteure Mello ajoute que les possibilités de « conflit de normes » entre directives pourrait provoquer un glissement dans le fameux « duel d'expert » qui tendrait à ce que le débat ne gravite 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 basée sur les faits²⁴.

Remarquons également que les directives reçoivent la qualification de « ouï-dire » dans plusieurs juridictions étant donné que leurs auteurs ne sont généralement pas présents pour attester du processus d'adoption du document, ce qui constitue un obstacle conceptuel additionnel pour un

²⁰ Voir la partie « L'application directe de la directive » à la p 320 et s ci-dessous, pour une discussion plus approfondie de cette question.

²¹ En droit québécois, la question de l'exigence d'un expert pour produire un guide préparé par le Collège des médecins a fait l'objet de l'affaire *Médecins (Ordre professionnel des) c Garber*, 2012 QCTP 48.

²² Cette nécessité de l'expert pourrait être envisagée dans les cas où la directive est utilisée à titre de preuve d'une pratique légalement acceptable alors que l'expert ne serait pas utile à ce titre si la directive établit elle-même la norme légale applicable.

²³ Rosoff, *supra* note 2 à la p 344 et s.

²⁴ Mello, *supra* note 16 à la p 854. Sur cette question, voir également Nicholas Léger-Riopel, « La formulation du critère de la faute médicale à l'ère de la médecine basée sur les faits », *Lex Electronica* [à paraître en juillet 2012].

décideur à reconnaître le rôle des directives dans l'établissement de la norme légale applicable²⁵.

C) Valeur probante des directives comme preuve de standards professionnels

La norme professionnelle contenue à la directive, lorsqu'elle est invoquée dans des circonstances judiciaires, ne se trouve généralement pas traduite de manière automatique en norme légale. Ceci pourrait découler du fait que le droit reconnaît que la preuve en matière scientifique est d'une nature distincte de la preuve exigée en droit, et qu'il revient ultimement aux tribunaux de décider de la norme applicable²⁶. Cette position a été retenue par la Cour d'appel du Québec dans la décision *Brochu c Camden-Bourgault*²⁷, conformément aux propos de la Cour suprême du Canada dans la décision *Laferrière c Lawson* :

Il vaut peut-être la peine de redire qu'un juge sera influencé par les avis d'experts scientifiques exprimés sous forme de probabilités statistiques ou d'échantillonnages, mais il n'est pas lié par ce genre de preuve. Les conclusions scientifiques ne sont pas identiques aux conclusions juridiques. Récemment, notre Cour a dit clairement dans l'arrêt *Snell c Farrell*, 1990 CanLII 70 (CSC), [1990] 2 RCS 311, que "[l]a causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique" (p. 328) et qu'"il n'est pas essentiel que les experts médicaux donnent un avis ferme à l'appui de la théorie de la causalité du demandeur" (p. 330). Notre Cour et la Cour d'appel du Québec ont fréquemment affirmé qu'il faut que la preuve du lien causal soit établie selon la prépondérance des probabilités compte tenu de toute la preuve soumise, c'est-à-dire la preuve factuelle, la preuve statistique et les faits dont le juge peut présumer l'existence²⁸.

Dans ce contexte, la mise en présence de directives encadrant les pratiques cliniques des médecins ne lient pas les tribunaux et sont l'un des éléments disponibles au décideur dans le cadre de son exercice d'adjudication.

²⁵ Brian Hurwitz, "Clinical Guidelines and the Law" (1995) 311 BMJ 1517.

²⁶ Daniel Jutras, « Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec » (1990) 31 C de D 821, à la p 835.

²⁷ 2001 CanLII 20601 (QC CA).

²⁸ [1991] 1 RCS 541 à la p 623. Pour une analyse de la question de l'interface de la preuve scientifique et de la preuve légale en matière de responsabilité des professionnels, voir : Patrice Deslauriers, « La responsabilité des professionnels » dans *Responsabilité*, Collection de droit 2011-2012, vol 4, Titre II, plus particulièrement aux pp 131 et s. Voir également : Graham D Glancy et Micheal Saini, "The Confluence of Evidence-Based Practice and *Daubert* Within the Fields of Forensic Psychiatry and the Law" (2009) J Am Acad Psychiatry Law 438; Margaret G Farrell, "*Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc*: Epistemology and Legal Process" (1994) 15 Cardozo L Rev 2183.

Les auteurs Campbell et Glass remarquent toutefois avec justesse que les sources formelles du droit n'offrent que très peu de précision sur les détails de la conduite exigée des acteurs du milieu médical. Dans un tel contexte, le décideur, saisi d'une situation individualisée, pourra avoir à référer à des normes non-légales telles que les directives. En intégrant les directives dans le corpus de droit jurisprudentiel applicable, le décideur fait passer la norme du champ de la norme médicale au champ de la norme légale²⁹. Les auteurs Campbell et Glass recensent des études qui démontrent que les juges seront peu enclins à ignorer le contenu d'une directive lorsqu'elle représente un consensus de la communauté scientifique³⁰.

Également, l'utilisation de directives par les instances décisionnelles pourra s'exprimer dans le cadre de l'appréciation d'un élément prénormatif qui participe à l'établissement de la faute par la preuve d'un élément contextuel. Par exemple, la preuve de l'existence d'une pratique couramment acceptée et reconnue comme valable chez les médecins pourrait être facilitée par une directive largement diffusée en consacrant la pratique.

Différentes modélisations d'interfaces ont été développées par les auteurs en vue de mieux cerner les mécanismes par lesquels les tribunaux intègrent les directives à leur raisonnement. Nous utiliserons ici le modèle du professeur Arnold J Rosoff. Bien que développé dans un contexte de droit américain, ce modèle sera mobilisé à la lumière de particularités pertinentes des contextes juridiques québécois de responsabilité médicale et disciplinaire.

1) La directive comme preuve de l'adhésion à un usage communément accepté

Le droit tend à se soucier graduellement plus de questions liées au caractère scientifiquement valable de la preuve administrée en matière de

²⁹ A Campbell et KC Glass, « The Legal Status of Clinical and Ethics Policies, Codes, and Guidelines in Medical Practice and Research » (2001) 46 RD McGill 473. Sur le rôle du Tribunal des professions comme « lieu de passage » de normes professionnelles à normes légales, voir : 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*, Service de la formation continue, Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012.

³⁰ Campbell et Glass, *supra* note 29 aux pp 481-82. Cette situation peut être envisagée comme sous-tendant l'usage de rhétorique au sens où l'auteur Chaïm Perelman l'entend : voir Chaïm Perelman avec Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009.

droit médical³¹. Par exemple, dans la décision *Dupéré-Vanier*, rendue par le Tribunal des professions du Québec en matière disciplinaire, le banc de trois juges du Tribunal a affirmé la nécessité de faire la preuve du manquement à une norme professionnelle ou aux principes scientifiques généralement reconnus pour que la responsabilité disciplinaire puisse être établie³². Il semble que la notion, en droit, de « donnée de la science médicale actuelle » puisse demeurer largement une affaire d'usage par les groupes professionnels concernés³³. Il découle que la preuve de l'adhésion par le médecin à une pratique répandue et consignée à une directive puisse avoir un effet favorisant son exonération. Comme le rappelle A Rosoff :

A core principle in medical malpractice litigation followed in most, but not all, cases is that the legal standard of care is set to customary practice in the relevant medical community, the so-called professional community standard. Thus, in most jurisdictions, under most circumstances, adherence to prevalent professional standards is an adequate defense to a claim of medical negligence³⁴.

Remarquons cependant que certaines directives peuvent viser à *modifier*, pour une variété de raisons, certaines pratiques existantes au sein de la profession médicale et posséderont alors une dimension normalisatrice. À tout événement, la directive vise à fournir des recommandations uniformisées dans le but de faciliter les choix cliniques des médecins, comme l'indique la définition de directive clinique que donne l'Institut américain de la médecine :

[a] systematically developed statement to assist practitioner and patient decisions about appropriate health care for specific clinical circumstances³⁵.

Il est donc plausible que le contenu d'une directive ne corresponde pas à des comportements généralisés observables dans la pratique médicale, et soit d'une utilité douteuse à la preuve de pratiques répandues au sein de la profession.

Ajoutons cependant que la Cour suprême du Canada, en matière de responsabilité professionnelle, a indiqué que le fait pour un professionnel

³¹ Pour un exemple de cette prise de position en droit américain: *Daubert v Merrill Dow Pharmaceuticals Inc*, 509 US 579 (1993).

³² [2001] DDOP 397 (TP).

³³ À cet effet, voir généralement : Andrée Lajoie, Patrick A Molinari et Jean-Marie Aubry, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Ed PUM, 1981.

³⁴ Rosoff, *supra* note 2 à la p 337.

³⁵ Marilyn J Field, Kathleen N Lohr (eds), *Guidelines for Clinical Practice: From Development to Use*, Washington (DC), National Academy Press, 1992.

de s'engager dans une pratique largement répandue peut tout de même engager sa responsabilité, si cette pratique ne rencontre pas les normes générales de responsabilité. Le plus haut tribunal du pays reconnaît donc qu'il puisse exister un retard entre les pratiques en cours au sein d'une profession et les normes professionnelles généralement reconnues³⁶. Soulignons que la formulation canadienne du standard applicable en matière de responsabilité médicale est basée sur une règle de prudence raisonnable, alors qu'il peut en aller autrement dans d'autres juridictions où des critères fondés sur la coutume et l'usage peuvent notamment prévaloir.

Le recours par le médecin aux pratiques alternatives reconnues comme scientifiquement valables sont toutefois, dans certains cas, un passage obligé pour le médecin. Par exemple, comme le rappelle l'auteur Patrice Deslauriers, il revient au médecin, dans le cadre de l'élaboration de son diagnostic, d'envisager l'utilisation de tests plus sophistiqués s'il s'agit là d'un moyen d'obtenir un diagnostic plus juste :

Il convient de signaler que si des tests plus poussés, permettant d'obtenir un diagnostic plus juste, n'en étaient qu'à un stade expérimental, aucun reproche ne pourra être fait au médecin de ne pas les avoir conduits. Il importe, nous enseigne la jurisprudence, de faire une nette distinction entre le test qui a franchi toutes les étapes et celui qui n'en est qu'au stade de la prospection scientifique. On a ainsi jugé qu'un test qui n'avait pas un caractère exceptionnel devait être fait même si, à l'époque du diagnostic, ce test n'était pas encore utilisé de façon routinière³⁷.

Cette obligation pour le médecin de ne pas confiner le spectre de son analyse aux seules pratiques généralement usitées participe de ce que l'auteur Hurwitz qualifie de l'« inquiring mind » du médecin. Cette obligation subsiste indépendamment de l'existence d'une directive énonçant des règles génériques de traitement en la matière³⁸.

³⁶ *Roberge c Bolduc*, 1991 CanLII 83 (CSC). Pour une analyse de la notion de « faute » en droit disciplinaire à la lumière de la décision *Roberge c Bolduc*, voir Guy Cournoyer et Nicolas Cournoyer, « La faute déontologique : sa formulation, ses fondements et sa preuve » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire* 2007, Volume 271. Sur la notion de faute, voir également Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, 7^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007.

³⁷ Deslauriers, *supra* note 28 à la p 131.

³⁸ À titre d'illustration dans un contexte de *common law*, voir : Brian Hurwitz, "Legal and Political Considerations of Clinical Practice Guidelines" (1999) 318 BMJ 661.

2) *La directive comme preuve d'une pratique minoritaire valable reconnue*

L'auteur Harrington indique que le droit a généralement tendance à éviter la mise en présence d'une multiplicité de solutions acceptables d'égale prudence en matière de responsabilité, puisqu'il pourrait s'agir là d'un obstacle au processus d'adjudication. Cependant, en matière de responsabilité médicale, le droit est plus flexible à la coexistence de pratiques médicales concurrentes :

The law on medical malpractice is different, however, in that it is based on an acceptance of diversity. As has been stated, a practitioner may follow a minority practice and still not be held liable for any damage resulting from his or her work³⁹.

Le droit reconnaît là que l'existence de pratiques divergentes et la présence d'expérimentation, de conflits et de dialogues au sein de la science médicale bénéficient à son avancement et, par voie de conséquence, avantagent l'ensemble de la société :

At bottom, courts have valorized intra-medical conflict in this way because they have assumed it to be the engine of scientific progress. As Lord Clyde put it in the Scottish case of *Hunter v Hanley*:

[A] deviation from ordinary professional practice is not necessarily evidence of negligence. Indeed it would be disastrous if this were so, for all inducement to progress in medical science would be destroyed⁴⁰.

C'est peut-être dans ce sens que s'exprimait le juge Allen Linden de la Cour Fédérale d'Appel du Canada:

The courts recognizing that the heresy of today may become the orthodoxy of tomorrow have wisely refused to halt all experimentation⁴¹.

Cette position est d'ailleurs conforme avec l'idée généralement reconnue en droit qu'un tribunal n'est pas institutionnellement compétent ou autrement investi de la mission de faire un choix entre deux écoles de pensée scientifique lorsque ces deux écoles paraissent aussi raisonnables l'une que l'autre et s'appuient toutes deux sur des écrits et des textes

³⁹ John A Harrington, "‘Red in Tooth and Claw’: The Idea of Progress in Medicine and the Common Law" (2002) 11 Soc & Leg Stud 211 à la p 218.

⁴⁰ *Ibid* à la p 219.

⁴¹ Allen M Linden, "Custom in Negligence Law" (1968) 11 Can Bar J 151.

scientifiques⁴². Une formulation de cette règle se trouve dans l'affaire *Lapointe c Hôpital Le Gardeur* :

Compte tenu du nombre de méthodes de traitements possibles entre lesquels les professionnels de la santé doivent parfois choisir et de la distinction entre l'erreur et la faute, un médecin ne sera pas tenu responsable si le diagnostic et le traitement du malade correspondent à ceux reconnus par la science médicale à cette époque, même en présence de théories opposées⁴³.

Remarquons que cette discussion s'inscrit dans le cadre plus large de la question de la preuve juridique dans un contexte d'incertitude scientifique. Comme le remarque l'auteur Flückiger, c'est par le truchement d'un souci de *précaution* que le droit répond de manière fonctionnelle à l'enjeu de la gestion du caractère profondément incertain et contingent des découvertes scientifiques :

L'émergence du principe de précaution révèle une double relativité, celle de la preuve scientifique et celle de la preuve juridique. Elle désempare ceux qui attendent de la science une réponse certaine à tous les problèmes de société et désarçonne ceux qui auraient pu penser que la logique déductive du raisonnement juridique classique aurait pu pallier les limites de la méthode scientifique dans un contexte d'incertitude. La preuve juridique – mise à l'épreuve du principe de précaution – révèle à ceux qui l'auraient méconnu le caractère relatif de la vérité judiciaire. Le principe de précaution ne renvoie cependant pas le droit contemporain à l'époque pré-cartésienne des preuves judiciaires irrationnelles.

L'incertitude scientifique ne saurait être totale afin de ne pas céder trop prestement à la panique devant toute nouvelle crainte trop rapidement diffusée. Le droit ne la reconnaît qu'à condition qu'un minimum d'indices confère aux thèses minoritaires une certaine vraisemblance. Un seuil minimal de scientificité est dès lors exigé afin d'exclure du champ d'application les discussions purement spéculatives. Combinant ce principe à celui de la proportionnalité, le système juridique permet en outre de nuancer l'(in)certitude scientifique en conférant aux décisions prises sur son fondement un caractère incertain – ou, plus précisément, provisoirement certain – reflétant les incertitudes qu'elle n'a pas dissipées⁴⁴.

La réception en droit du caractère profondément relatif des vérités scientifiques est fonction de la différence fondamentale pouvant exister entre la preuve scientifique et la preuve légale (cette dernière étant

⁴² *Cloutier c Hôpital le Centre hospitalier de l'Université Laval*, 1990 CanLII 3404 (QC CA).

⁴³ [1992] 1 RCS 351.

⁴⁴ Alexandre Flückiger, « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution » (2003) XLI :128 R E Sc Soc 108 à la p 125.

généralement établie par l'intermédiaire de la notion de prépondérance)⁴⁵. C'est ainsi que la dynamique décisionniste du droit, par l'intermédiaire des attributs de la preuve légale, tempère le caractère incertain de la science par l'adjudication en fonction d'un critère juridique autonome face aux exigences de la science. Le respect par un médecin d'une pratique émergente dans son domaine, consignée dans une directive clinique, pourrait donc respecter la norme légale de soins.

3) La directive comme preuve d'un comportement raisonnablement prudent

Si nous avons vu que le droit tend à reconnaître un caractère scientifique à une pratique médicale à titre de « données de la science actuelle » en fonction de sa relative acceptation par le milieu professionnel, le seul fait pour un médecin de se conformer à la tendance majoritaire n'a pas de portée automatiquement exonératoire⁴⁶.

S'agissant du droit québécois, la norme de droit commun de responsabilité du médecin n'est pas distincte de la norme de la responsabilité civile générale :

Aussi pour déterminer si un médecin fut fautif, la norme usuelle de référence sera non pas la conduite « normalement » adoptée par le médecin poursuivi en pareilles circonstances, mais la conduite standard qu'aurait adoptée alors un médecin « raisonnablement prudent, diligent et compétent ». Il s'agira de comparer les faits et

⁴⁵ Voir Jutras, *supra* note 26 à la p 835 :

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 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 des présomptions de fait en matière de responsabilité médicale.

⁴⁶ La situation est cependant très différente au Royaume-Unis où le respect d'une pratique adoptée par une majorité de médecin est synonyme de respect de la norme légale de responsabilité en fonction du test prévu à la décision *Bolam v Friern Hospital Management Committee*, [1957] 1 WLR 582, quoique certains auteurs aient vu dans le jugement *Bolitho* rendu subséquemment, une ouverture à la révision, par les tribunaux, des fondements en science médicale des pratiques suivies, indépendamment de leur généralisation au sein de la communauté médicale. Sur cette question voir Harrington, *supra* note 39 à la p 220.

gestes du médecin avec les règles de l'art reconnues. Comme le signale un auteur, le médecin doit prendre « *tous* les moyens usuels [...] indiqués et appropriés⁴⁷ ».

Le fait pour un médecin de se fier à une directive clinique offrant une information médicale crédible – ou qui serait jugée crédible par un médecin placé dans la même situation – pourrait correspondre à la norme de la prudence raisonnable, indépendamment du fait que la directive soit intégrée ou non à la pratique de la majorité des cliniciens⁴⁸.

4) *La directive comme preuve d'un phénomène autorégulateur*

L'une des caractéristiques principales politiquement reconnues aux activités organisées comme corporations professionnelles est une large place réservée à la *justice par les pairs*⁴⁹. Cette perspective sous-tend la reconnaissance des normes et standards que se donnent les médecins à titre de normes professionnelles encadrant leurs activités.

La directive, pour être envisagée comme la preuve d'une pratique professionnelle transférable dans le champ du droit à titre de pratique légalement acceptable, coïncide avec une perspective au sein de laquelle le droit devrait reconnaître les phénomènes d'autorégulation chez les groupes professionnels comme des phénomènes *juridiques*. Dans cette perspective, la reconnaissance par les pairs constitue le critère de juridicité de la directive⁵⁰.

Une pratique conforme à une directive consignant une pratique jugée valable et conforme aux bonnes pratiques médicales serait synonyme de la norme légale applicable. La reconnaissance d'une pratique jugée valable par la profession médicale découlerait non pas du nombre de cliniciens ayant adopté cette pratique (la situation coïnciderait alors avec ce qui est indiqué à la partie « 1) *La directive comme preuve de l'adhésion à un usage communément accepté* », mais bien en regard de facteurs plus évanescents que sont l'autorité, l'influence et la reconnaissance au sein de la profession dont bénéficient les auteurs et promoteurs de la directive. Le droit défère donc à des autorités (au sens large) du domaine médical le soin

⁴⁷ Deslauriers, *supra* note 28 à la p 127.

⁴⁸ Voir les propos tenus par le juge Hand dans la décision *The TJ Hooper*, 60 F2d 737, 740 (2d Cir 1932): « in most cases reasonable prudence is in fact common prudence; but strictly it is never its measure. »

⁴⁹ Campbell et Glass, *supra* note 29 à la p 477.

⁵⁰ Sur la prévalence d'une norme de la faute médicale fondée sur les usages du milieu médical voir Carter L Williams, "Evidence-Based Medicine in the Law Beyond Clinical Practice Guidelines: What Effect Will EBM Have on the Standard of Care?" (2004) 61 Wash & Lee L Rev 479, à la p 499.

d'établir la validité d'une pratique décrite à une directive à titre de norme juridique. C'est suivant cette perspective que les directives ont été décrites comme un facteur réduisant les coûts liés à la judiciarisation des recours en responsabilité médicale⁵¹.

5) *L'application directe de la directive*

Dans un cadre judiciaire, l'application directe de la directive comme norme légale ne suppose pas d'étape préliminaire de détermination, par un décideur, de son caractère fondé, scientifique, ou de l'étendue de son acceptation ou utilisation par la communauté médicale. En droit québécois, la situation de la directive serait alors analogue à celle des lois, décrets et directives non-publiés qui ne requièrent qu'à être prouvés par la partie qui souhaite les invoquer pour être le droit applicable⁵².

Cette situation soulève des enjeux particuliers, notamment celui de l'attribution à un document donné de la qualité de « directive ». Cette question de qualification d'un document à titre de directive peut être soulevée lorsqu'il est le fait d'une entité à laquelle la loi attribue soit un pouvoir spécifique d'établir des directives, ou encore un pouvoir général de gestion en vertu duquel les directives sont prises.

Il est possible d'envisager des cas d'adoption de directives relevant d'une dynamique de droit privé, par exemple des directives qui sont le fruit d'initiatives locales au sein d'un établissement de santé et qui pourraient fort bien ne pas avoir impliqué la participation d'une quelconque entité administrative (pensons à ce qui est commun d'appeler des « pool » de garde clinique). Dans ces cas, une telle entente de nature contractuelle, une fois qualifiée de directive, serait automatiquement reconnue comme le standard légal applicable à une situation donnée.

Cette idée d'une utilisation des directives à titre de norme juridique ne fait pas l'unanimité. Entre autres, l'Association Médicale Américaine («AMA») milite en faveur d'une position judiciaire plus conforme au mode usuel d'établissement de la responsabilité médicale qui s'appuie sur l'usage et les pratiques au sein de la communauté médicale. L'AMA propose que les directives puissent servir à la mise en preuve d'un usage

⁵¹ Deborah W Gamick et al, "Can Practice Guidelines Reduce the Number and Costs of Malpractice Claims?" (1991) 266 JAMA 2856. Voir également le chapitre 11 dans John Tingle et Charles Foster (eds), *Clinical Guidelines : Law, Policy and Practice*, London, Cavendish, 2002.

⁵² Voir l'article 2809 du *Code civil du Québec*, LQ 1991, c 64.

communément accepté et que leur force probante soit corollaire de leur acceptation par la communauté médicale à titre de norme professionnelle⁵³.

Différentes instances du système judiciaire québécois ont été saisies, au fil des dernières années, de questions en lien avec la réception de différents documents qualifiés de directives à titre de fondement de sanctions imposées à des médecins.

La Commission des affaires sociales a eu l'occasion de se prononcer dans un contexte où un médecin a fait l'objet d'une sanction disciplinaire fondée sur l'irrespect d'une directive qui prévoyait des sanctions, laquelle a été élaborée par le directeur des services professionnel puis approuvée par le conseil d'administration et par le comité exécutif du Conseil des médecins, dentistes et pharmaciens. La Commission, annulant la sanction disciplinaire, en est venue à la conclusion qu'une directive, pour être valide, ne peut constituer une limitation aux statuts et privilèges détenus par le médecin. La directive en question avait pour effet de limiter, par l'imposition de quotas, le nombre d'accouchements permis par le médecin détenteur de privilèges en gynécologie-obstétrique :

Les contraintes fixées ici à l'appelant par l'intimée (contrôle par quotas) ont donc, en elles-mêmes, pour effet réel de limiter les privilèges détenus par l'appelant et ce, pour des motifs non prévus à la [loi]⁵⁴.

Dans une autre décision, la Cour supérieure a confirmé la validité d'une directive contenant certaines dispositions quant à la garde et aux priorités opératoires, laquelle directive n'avait par ailleurs jamais été adoptée par le conseil d'administration du centre hospitalier, mais avait plutôt été élaborée par des médecins et des membres du personnel clinique réunis au sein d'un comité du bloc opératoire :

[47] La sanction imposée au Dr Giroux l'a été en conformité avec un document intitulé *Règlement et procédures pour l'élaboration du programme opératoire et la gestion des urgences du CHRTR*

[48] Ce document, que l'on peut qualifier de directive, a été adopté en vue de permettre au Centre hospitalier de remplir ses obligations et ses responsabilités en vertu de la *Loi sur les services de santé et de services sociaux*. [...]

[50] Le Bloc opératoire constitue un organe vital dans un centre hospitalier.

[51] Il est constitué de plusieurs intervenants professionnels et de nombreux spécialistes.

⁵³ American Medical Association, *Statement to the Subcommittee on Health, Committee on Ways and Means*, 103d Cong, 1st sess, Ser No 103-123, 1993.

⁵⁴ *Services de santé et services sociaux-9*, [1991] CAS 596.

[52] La composition des membres du comité est déterminée par le Directeur des services professionnels.

[53] Les différentes mesures adoptées l'ont été dans le but d'assurer un fonctionnement efficace du Bloc opératoire.

[54] L'analyse des règlements et procédures prévus pour le Bloc opératoire permet de constater que ceux-ci sont constitués, entre autres, d'une directive.(...)

[56] Par ailleurs, les règlements et procédures (RBO) n'ont pas été adoptés conformément aux dispositions des articles 189, et 192, 3^{ème} alinéa de la *Loi sur la santé et les services sociaux*, de sorte qu'elle ne constitue pas une règle d'utilisation des ressources.

[59] Relativement à la sanction imposée, en se référant aux auteurs Borgeat et Dussault, il est prévu que la directive peut avoir un caractère impératif.

[60] L'esprit dans lequel ces normes administratives ont été adoptées, a comme corollaire une sanction en cas de non-respect [notre accentuation]⁵⁵.

Dans cette décision, la Cour supérieure a validé la sanction administrative prévue à la directive litigieuse, soit la perte de certaines priorités opératoires. Cette décision précise que le médecin est assujéti aux différentes directives édictées par les autorités hiérarchiques de l'établissement où il exerce sa profession et que des sanctions peuvent découler des manquements, sans que celles-ci ne puissent être qualifiées de disciplinaires. Remarquons toutefois que ce jugement fait l'objet d'un appel et que la question de la légalité de sanctions administratives découlant du non-respect de directives par un médecin demeure sujette à confirmation par la Cour d'appel.

C'est en refusant d'assimiler une directive à un « règlement » que le juge Duchesne de la Cour supérieure du Québec a confirmé une décision du Tribunal administratif du Québec disculpant un médecin d'une accusation d'inconduite en précisant notamment que la directive en litige, émise par le directeur des services professionnels d'un centre hospitalier, ne pouvait fonder l'application d'une sanction disciplinaire pour inconduite :

Le 3^e paragraphe de l'article 249 de la LSSS octroie au conseil d'administration l'autorisation d'imposer une mesure disciplinaire à un médecin si elle est fondée, notamment sur son inconduite *eu égard aux exigences propres de l'établissement*. Ces exigences propres à l'établissement n'existent pas autrement que dans un cadre normatif réglementaire tel le règlement interne valide, ou un règlement général comme le *Code de déontologie des médecins*.

Le tribunal imagine mal l'existence de standards non définis, non réglementés ou non légalisés qui permettraient à un DSP d'imposer une mesure aussi lourde (...) en basant

⁵⁵ *Giroux c Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, 2010 QCCS 109 par 47-60 (en appel).

sa directive sur un quelconque standard de nature privée. Un médecin peut être sanctionné pour avoir transgressé un règlement interne de l'hôpital sans avoir fait preuve d'inconduite. Mais on ne peut le taxer d'inconduite s'il viole une directive qui n'a aucun fondement juridique⁵⁶.

La Cour d'appel, tout en confirmant la décision du juge Duchesne, reconnaît toutefois une portée juridique aux normes non réglementaires telles les directives cliniques comme fondement à une sanction disciplinaire pour cause d'inconduite. La Cour donne donc une portée normative aux directives et autres normes non codifiées encadrant le milieu hospitalier dans la mesure où ces normes n'ont pas pour effet de déroger aux habilitations et compétences précisées dans la loi, par exemple quant à l'organisation de la garde qui était au cœur de cette affaire :

[16] Mais le service de garde est au cœur de l'activité d'un établissement et non un problème excentrique et inhabituel. La loi précise par qui et comment elles seront décrétées et, faute de respecter la procédure et d'obtenir les approbations requises, il n'y a pas de normes obligatoires. On ne saurait prétendre y trouver l'équivalent dans des pratiques ou des usages. (...)

[18] Par ailleurs, si le juge souscrit à l'avis du TAQ que la décision de l'appelant n'a pas « d'assise légale suffisante », il n'en reconnaît pas moins que :

[54] A contrario, un médecin pourrait être taxé d'inconduite s'il enfreint le Code de déontologie, le Code criminel, le Code pénal, etc., sans pour autant avoir violé un règlement interne valide de son hôpital.

[19] Le « etc. » laisse place à ces autres normes de conduite non réglementaires et non codifiées qui, il va sans dire, s'imposent à tous et à toutes, dans un hôpital ou ailleurs⁵⁷.

Remarquons que la reconnaissance de la directive à titre de fondement valable d'une sanction en cas de manquement par le médecin assujéti s'exprime dans la jurisprudence québécoise à l'aulne de la distinction sanction administrative/sanction disciplinaire, et en appelle à une définition plus précise de la frontière entre ces deux ordres de sanctions, alors que seules les sanctions dites « disciplinaires » sont définies par la loi⁵⁸.

⁵⁶ *Centre hospitalier régional de Trois-Rivières (CHRT) c Tribunal administratif du Québec*, 2010 QCCS 5211 (CanLII) par 52-53, conf par 2012 QCCA 613. Cette décision n'aborde pas les conséquences de manquements *répétés* d'un médecin aux différentes directives et autres normes non réglementaires qui encadrent sa pratique.

⁵⁷ *Centre hospitalier régional de Trois-Rivières (CHRT) c Giroux*, 2012 QCCA 613. Voir également la décision récente du Tribunal administratif du Québec dans l'affaire *MG c Centre Hospitalier A*, 2012 CanLII 21436 (QC TAQ).

⁵⁸ *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, LRQ 1991, c S-4.2, art 249.

5. Remarques conclusives

Les enjeux liés à l'intégration des directives cliniques en droit sont fonction de deux transformations graduelles s'opérant parallèlement en droit et en médecine. La médecine des deux ou trois dernières décennies s'affiche, à une échelle globale, comme soucieuse d'un travail d'épuration au sein de sa discipline des pratiques basées sur les coutumes et sur l'intuition pour promouvoir une discipline de travail fondée sur des faits (scientifiques). Pour sa part, le droit s'articule sur un modèle décisionniste peu apte à gérer les exigences d'une preuve scientifique, et lui-même plus enclin à favoriser une preuve tendant à faire équivaloir l'autorité et la réputation d'un auteur ou le caractère généralisé d'une pratique, à qualité scientifique de la preuve administrée. C'est là un problème que certains auteurs identifient comme une conséquence de l'épistémologie du droit et de la médecine et de la formation dite *dogmatique* de leurs savoirs⁵⁹.

Si l'on prend pour acquis que le droit tend à mieux recevoir des arguments relevant de la pratique, de la coutume ou de la réputation que des arguments de nature scientifique, il découle que la notion de « prudence raisonnable », standard légal en matière de responsabilité médicale, est elle-même floue et pourrait tendre à favoriser, sous une formule moins claire, un standard fondé en dernière analyse sur ce qui est effectivement coutumier chez les médecins⁶⁰.

La directive comme fondement d'une sanction est également particulièrement problématique à l'aulne des devises traditionnellement usitées en droit que sont par exemple la *nulla poena sine lege* et la *nullum crimen sine lege*. La directive participera-t-elle à un élargissement de la catégorie « loi et règlement » créant alors un régime d'édiction de règles juridiques susceptibles de sanctions indépendantes des institutions traditionnelles et de manière plus synchrone avec la réalité du milieu médical ?

Les directives se présentent à tout événement comme un pont entre les deux domaines de savoir que sont le droit et la médecine. L'essor même de la médecine basée sur les faits semble pour certains auteurs être grandement fonction de sa réception par le droit⁶¹. Ce sera sans doute en

⁵⁹ Voir Flückiger, *supra* note 44.

⁶⁰ Williams, *supra* note 50. Comparer avec Ann Maclean Massie, "In Defense of the Professional Standard of Care: A Response to Carter Williams on 'Evidence-Based Medicine'" (2004) 61 Wash & Lee L Rev 535.

⁶¹ 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" (2008) 22:4 Soc Epistemol 405.

fonction de la progression graduelle des idées d'empirisme et de rigueur scientifique en droit et en médecine que variera tant la formation des directives de types EBM que la question de leur réception judiciaire.

