

Droit et médecine : prolégomènes d'une épistémologie comparée

Nicholas Léger-Riopel*

| | |
|--|-----|
| Introduction | 229 |
| I. Mouvements parallèles dans le savoir | 231 |
| II. Les individus « molaires » : nouveaux sujets de la raison médico-légale | 237 |
| Conclusion | 242 |

* Professeur de droit et avocat, Université de Moncton ; Professeur associé clinique au Centre de formation médicale du Nouveau-Brunswick ; Chercheur associé à Chaire de recherche du Canada sur la culture collaborative en droit et politiques de la santé



Introduction

Le droit et la médecine, tant à titre de profession qu'à titre de savoirs disciplinaires, partagent une variété de traits qui sont trop souvent occultés par le schisme entre « science » et « droit » qui semble bien souvent être conçu comme obstacle à toute comparaison¹. Pourtant, les rapports entre médecine et droit sont nombreux et prennent place dans une variété de contexte. Le mouvement de la *jurisprudence thérapeutique*², à titre d'approche souhaitant évaluer les impacts *sanitaires* de l'activité juridique, est un exemple d'une méthodologie médicale, soit l'épidémiologie, appliquée au Droit. Ce faisant, l'activité judiciaire et la production législative deviennent l'objet d'une étude de leur impact sur la santé des populations. En plus d'identifier les potentiels « effets pervers »³ de certaines normes, la TJ est au cœur d'un mouvement de réforme du droit visant à une prise en compte croissante des sciences de la santé dans le cadre de la raison juridique. Pour ne donner qu'un exemple, la TJ est l'un des principaux promoteurs de la mise en place d'une variété de tribunaux spécialisés pour prendre en compte des justiciables atteint(e)s de conditions de santé mentale particulières⁴. Inversement, que dire de ces nombreuses « cliniques » juridiques qui, en contexte universitaire ou autre, posent un « diagnostic » juridique à des clients ?

¹ Sur cette question voir l'intéressante étude de Paul Amselek : Paul AMSELEK, « La part de la science dans l'activité des juristes », dans Pierre NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre/In the Eye of the Beholder*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 13.

² La *Therapeutic Jurisprudence* (ou « TJ »), constitue sans doute l'une des propositions les plus abouties visant à une rencontre de la médecine et du droit. La TJ a été définie de la façon qui suit : « Therapeutic jurisprudence (“TJ”) is the study of how legal systems affect the emotions, behaviors and mental health of people. It is a relatively new multidisciplinary field taking its name from jurisprudence, the study of the law, and therapeutic, the power to cure or heal. » : Bryan A. GARNER (dir.), *Black's Law Dictionary*, 9^e éd., Toronto, West Group, 2009.

³ Le terme ayant été, ne l'oublions pas, popularisé par nul autre que l'un des fondateurs de la sociologie des sciences, Robert K. Merton.

⁴ À ce sujet, voir : Annie JAIMES, Anne CROCKER, Évelyne BÉDARD et Daniel L. AMBROSINI, « Les Tribunaux de santé mentale : déjudiciarisation et jurisprudence thérapeutique », (2009) 34:2 *Santé mentale au Québec* 171. Voir également, dans le contexte plus particulier de la santé mentale de l'enfant et du critère de la « dangerosité » : Nicholas LÉGER-RIOPEL, « Le critère de la dangerosité et l'admission involontaire du patient mineur en matière de santé mentale : une impasse pour la pédopsychiatrie ? », dans Nicholas LÉGER-RIOPEL, Malaika BACON-DUSSAULT et Christian WHALEN (dir.),



Comme le rappelle la chercheuse Danièle Bourcier, le droit et la médecine partagent une affinité profonde qui se reflète dans le type de raisonnement – qu'elle qualifie d'*abductif* – que partagent le juriste et le clinicien⁵. À titre de disciplines, droit et médecine voient leur trajectoire historique entrelacée d'une variété d'évènements communs qui laissent croire à une affinité plus profonde que le seul étiquetage commun à titre de « profession libérale »⁶.

Si l'histoire de ce que sont devenues les professions juridique et médicale témoigne d'un parcours vers la *professionnalisation*⁷, il vaut de remarquer certains éléments marquants, certains rencontres interdisciplinaires, pour ainsi dire, où des contextes historiques particuliers ont requis la mise en collaboration du droit et de la médecine. Pour n'en choisir qu'un, nous pourrions donner l'exemple du *Code de Nuremberg*⁸, qui dans un passé toujours récent, a été un bel exemple d'une réaction conjointe du droit et de la médecine face à une violation des droits fondamentaux, résultant en l'expression d'une normativité appuyée sur l'éthique, la médecine et le droit. Certains auteurs soutiennent par ailleurs que la discipline de la bioéthique, alors naissante, suivait et continue de suivre une trajectoire sensible aux variations, fluctuations, avancées et reculs du savoir juridique⁹,



Droits et santé mentale des enfants et des jeunes, Moncton, Revue de l'Université de Moncton, 2016.

- ⁵ Daniel BOURSIER et Pek VAN ANDEL, *De la sérendipité dans la science, la technique, l'art et le droit*, 2^e éd., Paris, Hermann, 2013.
- ⁶ Marshall B. KAPP, « Medicine and Law : a Symbiotic Relationship ? », (1995) 78 *The American Journal of Medicine* 903.
- ⁷ Comme le souligne l'ouvrage dont les professeurs Butler et Turner ont assuré la direction, cette professionnalisation de la médecine et du droit laisse entendre, dès le moyen-âge, une affinité profonde tant au niveau théorique que pratique. Si pour ces deux historiennes la question de l'interaction entre droit et médecine est une question « orpheline », il en va de même pour nous : cette interaction demeure un angle mort de l'épistémologie. Voir : Wendy J. TURNER et Sarah M. BUTLER (dir.), *Medicine and the Law in the Middle Ages*, Leyde, Brill, 2014.
- ⁸ Voir généralement : David ROY *et al.*, *La bioéthique : ses fondements et ses controverses*, Montréal, Éditions du Renouveau Pédagogique, 1995.
- ⁹ Voir, généralement : Susan M. WOLF, « Shifting Paradigms in Bioethics and Health Law : The Rise of a New Pragmatism », (1994) 20 *Am. J.L. & Med.* 395 ; Susan H. WILLIAM, « Bioethics and Epistemology : A Response to Professor Arras », (1994) 69:4 *Indiana Law Journal* 1021.



certaines allant jusqu'à qualifier de symbiotique¹⁰ la relation entre ces deux disciplines.

I. Mouvements parallèles dans le savoir

Comme l'a souligné l'auteur Mercer, certaines réformes qui prennent place à l'heure actuelle dans une variété de système de santé trouvent une certaine correspondance dans les nouvelles formulations du standard de la faute médicale¹¹. La médecine factuelle¹², que de nombreux observateurs ont pu qualifier de « nouveau paradigme » de la pratique médicale, se veut un mouvement de réforme visant à ce que la plus récente et plus

¹⁰ Ernest OWUSU-DAPPA, «The Historical Development of Health Care Law and Bioethics in England and in Wales : as symbiotic Relationship ?», (2014) 33 *Med. Law* 22; Nikola TUPANCESKI *et al.*, «Medicine, Law and Human Rights : a Symbiotic Relationship», (2014) 33 *Med. Law* 40; M.B. KAPP, préc., note 6.

¹¹ 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 *Social Epistemology : A Journal of Knowledge, Culture and Policy* 405. Michelle M. MELLO, «Using Statistical Evidence to Prove the Malpractice Standard of Care : Bridging Legal, Clinical and Statistical Thinking», (2002) 37 *Wake Forest L. R.* 821.

¹² La paternité de l'expression «evidence-based medicine» est généralement reconnue au médecin canadien David Sackett et ses collègues de l'Université McMaster en Ontario, au Canada, qui ont développé cette notion comme méthode d'enseignement et de pratique de la médecine notamment dans le cadre des activités du «*Evidence-Based Medicine Working Group*». Voir également : Graham D. GLANCY et Micheal SAINI, «The Confluence of Evidence-Based Practice and *Daubert* Within the Fields of Forensic Psychiatry and the Law», (2009) 37:4 *J. Am. Acad. Psychiatry Law* 439. Le terme «*evidence-based medicine*» est parfois traduit par «médecine factuelle» ou par «médecine fondée sur les faits». Sur les conséquences de ce courant en droit de la responsabilité médicale, voir : Nicholas LÉGER-RIOPEL, «La formulation du standard de la faute médicale à l'ère de la médecine fondée sur les faits», (2012) 17:2 *Lex Electronica* 1; Graham D. GLANCY et Micheal SAINI, «The Confluence of Evidence-Based Practice and *Daubert* Within the Fields of Forensic Psychiatry and the Law», (2009) 37:4 *J. Am. Acad. Psychiatry Law* 438; Lars NOAH, «Medicine's Epistemology : Mapping the Haphazard Diffusion of Knowledge in the Biomedical Community», (2002) 44 *Ariz. L. Rev.* 373; Margaret G. FARELL, «*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* : Epistemology and Legal Process», (1994) 15 *Cardozo L. Rev.* 2183; 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.

probante source (bio)médicale soit celle que soit tenu de prendre en compte le clinicien dans le quotidien de la pratique. Quoique le caractère authentiquement « nouveau » d'une telle approche soit parfois remis en question¹³, la médecine factuelle se trouve désormais à être intégrée dans une variété de mesures de réformes de systèmes de santé, qu'il s'agisse de la multiplication des directives cliniques qui encadrent la pratique du médecin, en passant par le contenu même des programmes de formation universitaires et professionnelles.

La médecine fondée sur les faits présente une dimension normative explicite en ce qu'elle propose aux cliniciens de tendre à prioriser, dans leurs processus décisionnels, l'information biostatistique la plus significative¹⁴. Ce faisant, un réaménagement est suggéré dans la hiérarchie des *sources* considérées dans le parcours décisionnel du clinicien, écartant ce faisant l'expérience personnelle, l'intuition et le jugement clinique du médecin en faveur d'une priorisation des études épidémiologiques de grande échelle et statistiquement significatives, et plus particulièrement celles dont la méthodologie est conforme au standard de « l'étude clinique aléatoire en double aveugle »¹⁵.

Le programme de la médecine EBM est donc appuyé sur l'idée qu'il est possible d'opérer une hiérarchisation des sources médicales utiles en vue de la réduction des biais¹⁶, ce qui témoigne d'une perspective que les auteurs ont reconnu comme priorisant les raisonnements plus réceptifs aux *grands nombres* fournis par l'épidémiologie plutôt qu'à l'approche

¹³ Pour le professeur Sadeg-Zadeh, la notion de médecine factuelle n'a rien de nouveau et serait apparue avec la médecine « scientifique » moderne. Voir Karime SADEGH-ZADEH, *Handbook of Analytical Philosophy of Medicine*, Springer, Dordrecht, 2012.

¹⁴ F. DAVIDOFF, Brian HAYNES, David SACKETT et Richard SMITH, « Evidence-based medicine », (1995) 310 *British Medical Journal* 1085. Voir également John TINGLE et Charles FOSTER (dir.), *Clinical Guidelines: Law, Policy and Practice*, London, Cavendish Publishing, 2002, p. 45.

¹⁵ Sur l'histoire de ce standard comme facteur ayant contribué à la reconnaissance d'un statut « scientifique » de la médecine, voir: Kevin WHITE et Evah HILLIS, « Positivism Resurgent: The Epistemological Foundations of Evidence-Based Medicine », (2002) 11 *Health Sociology Review* 5. Voir également: Harald O. STOLBERG *et al.*, « Fundamentals of Clinical Research for Radiologists-Randomized Controlled Trials », (2004) 183 *A.J.R.* 1539.

¹⁶ E. ASHCROFT, « Current epistemological problems in evidence based Medicine », (2004) 30 *Med. Ethics* 131; L. NOAH, préc., note 12.

« cas par cas » que suppose la pathophysiologie ou encore l'expérience clinique.

Le mouvement de la médecine factuelle, rappelle Mercer, postule donc un rejet de ce qui a été qualifié d'épistémologies *profanes* (« folk epistemologies ») au profit d'une plus grande rigueur scientifique et méthodologique¹⁷.

En droit également, remarquent plusieurs auteurs, l'autorité, ou le « pedigree » des experts est appelé à perdre de son importance au profit d'une inspection plus méticuleuse des sources sur lesquelles se fondent les rapports d'experts, sur le type de méthodologie retenue, et sur le caractère à jour des données véhiculées. Le terrain du « débat d'expert » en contexte judiciaire est appelé à évoluer dans des directions qui sont encore incertaines.

Il s'agit précisément là de l'un des mouvements que nous pourrions qualifier de *communs* à la médecine et au droit, soit leur *parcours vers l'axiomatisation*. Pour reprendre les termes développés par Robert Blanché, les disciplines¹⁸, dont le droit et la médecine, pourraient fort bien passer par des *états dans le savoir* qui, d'inductif, passeraient par différents états pour éventuellement trouver une forme *axiomatique*. S'agissant plus particulièrement du droit, l'auteur Geoffrey Samuel pourrait qualifier d'axiomatique certains codes civils particulièrement structurés tels que le code civil allemand, qui a déjà été qualifié de *véritable machine à calculer juridique*¹⁹. En médecine, certains auteurs qualifient les directives cliniques qui encadrent de façon croissante les différents gestes quotidiens du clinicien de médecine par « algorithme », de « chemin clinique » ou encore plus crûment de « cookbook medecine »²⁰.

Le constat est d'importance et suggère la prise en compte de mouvements d'ensemble, communs aux deux disciplines. La portée et la nature de ces mouvements pourrait être l'objet d'une épistémologie *comparée* apte à révéler les points de rencontre, les assonances, les affinités électives ou encore les postulats qui y sont sous-jacents.

¹⁷ D. MERCER, préc., note 11.

¹⁸ Robert BLANCHÉ, *L'Axiomatique*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 1955.

¹⁹ Voir Geoffrey SAMUEL, *Epistemology and Method in Law*, Chippenham, Ashgate Publishing, 2003, à la note 128.

²⁰ Voir notamment : Stefan TIMMERMANS et Aaron MAUCK, « The Promises And Pitfalls Of Evidence-Based Medicine », (2005) 24:1 *Health Affairs* 18.

Pour certains auteurs, la décision *Daubert* de la cour suprême américaine, qui a trouvé certains échos dans différentes autres juridictions²¹, serait l'un des reflets d'une synchronicité entre la médecine factuelle et certaines formulations judiciaires du standard de la faute médicale. Cette décision suggère une plus grande prudence des décideurs judiciaires dans le contexte de l'évaluation d'une preuve d'expertise, assujettissant cette appréciation à une étude plus approfondie de la méthodologie utilisée par les experts :

In closing, it should be noted that the flexible meanings and uses of EBM and *Daubert* have not stopped some important changes occurring within the practices of “science in law” and medical policy. Significantly, experts working in these domains are increasingly being confronted with different models of accountability (Timmermans 2005). There is currently a “tension” in the ways expertise is legitimated in these fields. Credentials and experience have become less significant as ways of claiming authority than demonstrations of “epistemological correctness”: that experts are following the scientific method. These changes have the potential to encourage new forms of expertise and destabilise the power relationships between different types of experts and expert knowledge. Appeals to more “scientific”

²¹ « In response to the types of concerns noted above, in particular toxic torts, the US Supreme Court reviewed the federal rules for the admissibility for scientific evidence in the 1993 *Daubert* case. In other common law jurisdictions less dramatic, but equally far reaching, reviews of the role of science and experts also began to take place (Woolf 1996; Australian Law Reform Commission 1999; Edmond 2003). *Daubert* generated significant publicity and received 22 *amici curiae* briefs from scientific associations, industry groups, medical and other professional associations who had a stake in the outcome (Edmond and Mercer 1998b). The Supreme Court cited a number of these briefs to generate a set of criteria for judges to consider when making determinations about the admissibility of scientific evidence. The judge was also now expected to play an important “gatekeeping” role : they now needed to consider not just the conclusions generated by expert witnesses but the methodology and reasoning behind them. This new judicial responsibility and pre-occupation with scientific methodology, in particular testing (Edmond and Mercer 2002) supplanted earlier rules for admissibility, such as the “*Frye* test” (set down in the 1923 case *Frye v United States*), which had in a sense deferred to experts regarding the question of evaluating the adequacy of the methodology behind a knowledge claim as long as it came from a generally accepted area of science. The specific model of science proposed by *Daubert* will be discussed in more detail below. » D. MERCER, préc., note 11., 409.

statistically-based knowledge may empower researchers and experts with specialised mathematical skills, better able to quantify their claims, but at the same time, in seeming contradiction, lead to empowering hybrid experts, “generalists” with a mixture of scientific bureaucratic and managerial expertise who can claim authority for their practices in terms of their aptitude/ experience in translating and applying “scientifically” supported guidelines and standards (Mercer 2004)²².

Le rejet des « épistémologies profanes » se fait visible tant en médecine qu'en droit ; les savoirs tacites, l'expérience personnelle sont remplacées au profit des grands nombres, du caractère « falsifiable », « dûment testé » voire publié dans des contextes savants ayant permis la révision par les pairs des explications avancées par les experts²³.

Ce faisant, la question des conséquences, tant pour la médecine que pour le droit, qui peuvent être tirées sur le plan épistémologique de tels mouvements dans le savoir se posent avec une acuité particulière. La voie d'une épistémologie *comparée* est tracée et déjà, certains auteurs en ont identifié certains thèmes fondamentaux. Pour l'auteur Harrington, par exemple, l'étude du droit et de la médecine révèlent que ces deux disciplines ont partagé certaines propriétés épistémiques communes dont l'une est un idéal de progrès évolutif qui se développe, de façon linéaire, par un conflit d'idée menant à un raffinement et à une progression constante du savoir²⁴. Le dialogue supposant une certaine pluralité de perspectives mobilisées dans le cadre de débats prenant place en médecine, le droit a pour sa part protégé l'existence « d'écoles de pensée » en médecine²⁵, supposant leur participation à ce processus dynamique d'évolution du savoir. Par exemple, la décision Bolam, rendue en droit anglais, serait l'expression de cette représentation que se fait le droit de la médecine et de la nécessaire pluralité d'approches qui y a cours :

²² *Id.*, 419.

²³ « There are obvious analogies between EBM's call for medicine to no longer defer to the experience of the eminent clinician and *Daubert's* call for judges to look at the methodology behind a knowledge claim and not simply defer to the eminent expert witness (Tallacchini 2002). » *Id.*, 409.

²⁴ Cette notion est appuyée sur le concept de « marché des idées », dans le sens entendu par Karl Popper. Voir généralement : John A. HARRINGTON, « Red in Tooth and Claw' : The Idea of Progress in Medicine and the Common Law », (2002) 11:2 *Social & Legal Studies* 211.

²⁵ *Id.*

Differences of opinion and practice exist, and will always exist, in the medical as in other professions. There is seldom any one answer exclusive of all others to problems of professional judgment. A court may prefer one body of opinion to the other, but that is no basis for a conclusion of negligence²⁶.

Ces propriétés épistémiques partagées par la médecine et le droit révèlent entre ces deux disciplines l'existence d'une *proximité méthodologique* qui a pu être occultée par l'apparente bivalence entre les objectifs juridiques d'encadrement des pratiques et de contrôle du caractère éthique de la recherche, d'une part, et les besoins technologiques croissants de la médecine et des nouvelles déclinaisons de la recherche biomédicale, qu'elle soit translationnelle, personnalisée, ou *evidence-based*.

Pour peu que l'on accorde une valeur heuristique à l'hypothèse du caractère co-constructif de la médecine et du droit *comme disciplines*, la proximité méthodologique qu'elles partagent s'étend également à une proximité de leurs objectifs à titre de projets savants. Certains auteurs qualifient de *symbiotique* les projets de la médecine, du droit et des droits humains.

Law and medicine are separate professions, and attorneys and physicians often see their professions in conflict. There are, however, more similarities than differences between the two professions. And there are areas of mutual concern and overlap that demand the application of both legal and medical knowledge for the good of the society. In the new categorical system of values, which is substantially influenced by the so-called modern or aggressive medicine, clever physicians, researchers, and technicians discover newer and better ways to do things. Often, what science and technology make possible soon becomes permissible and, eventually, normal and expected. Given the rapid advances in technology and medical technology in particular, it is clear that without the reasonable restraints imposed by philosophical but also, legal critique, medicine and its practitioners may *unintentionally* convert science and medical method into a muddled philosophy of human life.

²⁶ Propos souvent répétés mais dont on peut trouver l'origine dans la décision de Lord Scarman : *Maynard v. West Midlands Regional Health Authority*, [1985] 1 All. E.R. 635.

A rich plead of terms is used to refer to this specific, complex, and highly topical area which synthesize an infinite number of issues raised on relation law – medicine. Thus, besides the term Medical Law and Health Law, the following terms are also in use: *Legal Medicine*, *Biolaw*, *Law of Physicians*. They however, regulate only certain aspects of a very extensive medico-legal area, hence justifiably some theorists believe that the use of these terms is inappropriate and leads to a restrictive determination of the field of interest of the Medical law. The complexity of the object of observation and emphasized interest on medico-legal area opened the road for the establishment of new scientific disciplines whose sphere of interest form the legal-ethical aspects of the medical activity in its broadest sense. These issues represent an object of consideration of the following (newer) scientific disciplines: Pharmaceutical Law, Medical Criminal Law, Medical Civil Law and Neurolaw²⁷.

C'est donc à dire que les regards monodisciplinaires offerts tant par la médecine que le droit ne répondent plus aux besoins en connaissances d'une société aux besoins de santé changeants. Au-delà des binômes bien contenus de « droit et (...) », les défis sanitaires auxquels l'humanité fait face sont tels que la simple juxtaposition de méthode ne saurait constituer une solution définitive: une comparaison *en profondeur*²⁸ est de mise pour mettre en lumière les outils nouveaux que requiert la *raison médico-légale*.

II. Les individus « molaires » : nouveaux sujets de la raison médico-légale

L'émergence de nouvelles structures d'intelligibilité du réel, marquées au coin de nouvelles valeurs épistémiques, font surface en médecine comme en droit. Sont désormais évacués tant les *savoirs tacites* que l'expérience personnelle, le « jugement » personnel, au profit d'une raison « formelle » et d'une vision « mécaniste » de l'objectivité qui, tant en médecine qu'en droit, est mobilisée comme fondements des activités d'une

²⁷ Nikola TUPANCESKI *et al.*, « Medicine, Law and Human Rights : a Symbiotic Relationship », (2014) 33 *Med. & L.* 40, 50 et suiv. (références omises).

²⁸ Sur l'idée de comparaison « en profondeur », voir : Mark VAN HOECKE, « Deep Level Comparative Law », dans Mark VAN HOECKE (dir.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Bruxelles, Hart Publishing, 2004, p. 1.

variété d'acteurs en fonction d'une variété d'intérêts parfois difficilement conciliables :

A number of similarities can be drawn between the “movements”. First, both emerged at a time when the quality of medicine and legal approaches to science were being subjected to broad criticism. Second, both focused on the quality of expertise as the “the problem” and the adoption of more “scientific” approaches to expertise, which downplayed experience and credentials as ways of authorising expertise, as “the solution”. Third, in promoting “scientifically-based expertise”, proponents of both movements appealed to “folk epistemologies” of science to help legitimate their reform aspirations. These folk epistemologies wove together formal and informal (quite often inconsistent) models of scientific method with normative and pragmatic concerns. Fourth, whilst the rhetoric used by experts to maintain legitimacy in each domain has become more influenced by concern with “scientific method” and appeals to “mechanical forms of objectivity” (Porter 1995) changes to actual practices have not followed in simple or predictable ways. Perhaps unsurprisingly, given the malleability of the folk epistemologies central to both movements, EBM and *Daubert* have come to mean a variety of different things to different actors in different contexts (Brody, Miller, and Bogdan-Louis 2005; Timmermans and Mauck 2005). The malleability of these folk epistemologies may have also assisted in the success of EBM and *Daubert* being taken up into policy contexts.

C'est en ce sens que des observateurs ont pu qualifier la médecine factuelle et ses directives cliniques d'« algorithmes », de « clinical pathways », de mathématisation de la médecine par une standardisation excessive. Poussé à sa conclusion logique, le projet de la médecine factuelle évacue toute dimension *thérapeutique* de la fonction du médecin, dont le rôle est de poser le diagnostic, évaluer la position du patient, consigner ses préférences et perspectives, identifier et appliquer la bonne « évidence »²⁹,

²⁹ «At a foundational level, early EBM's “method rhetoric” (Schuster and Yeo 1986; Mercer 2002a) was strongly based on two simplified philosophical threads: empiricism: in the form of the randomised clinical trial, and a strong faith in the efficacy of biostatistical techniques, i.e. epidemiology. This model of empiricism could be described as simple, in that there is a limited concern with the “theory loading” of observations or possible incommensurability between competing theories. EBM is concerned with observer bias in a technical sense regarding, for example good statistical techniques and effective randomisation, but not in a deeper philosophical

ce qui se traduit bien souvent par identifier et appliquer la bonne directive clinique lorsque disponible. Cette vision de la pratique médicale apparaît dès les premières tentatives de définition de la médecine factuelle :

Not surprisingly, the classic article on evidence-based medicine restricts *clinical expertise* to diagnosis and to identification of the patient's perspective, and does not include judgement about the effects of care. Concerning therapeutic effectiveness, the doctor seems to be totally dependent on external evidence. Seen from this perspective, reliable personal judgement, experience and expertise appear to be a self-delusion³⁰.

Les présupposés sous-tendant l'idée même d'une telle « axiomatisation » de la médecine sont nombreux et ont soulevés des critiques. À titre de réduction du rôle du jugement du médecin à celui d'identification d'une information pertinente *extérieure à lui et à la discipline médicale*, la médecine factuelle suppose une réduction importante de la liberté et des possibilités d'utilisation du jugement clinique du médecin. L'ensemble des savoirs tacites³¹, l'expérience, l'intuition du médecin sont dévalorisés à telle enseigne que l'expérience personnelle du médecin est explicitement reléguée au dernier ordre de sources de la médecine factuelle. C'est là, selon plusieurs, offrir une vision réductrice de la pratique médicale conçue comme science *et* comme art, ce dernier aspect escamoté entièrement par la médecine factuelle.

one : recognising more complex models of epistemology where theory and observation may be intertwined. Such models imply that even as useful and rigorous RCTs might be, they can still also be subject to differing interpretations (Richards 1991). There is also limited evidence of reflection on the possible limits of epidemiology and statistical methodology (Grossman and Mackenzie 2005). It is assumed that evidence "speaks for itself" and that physiological theory, experience and interpretation are untrustworthy. EBM's "method rhetoric" resonates with Theodore Porter's historically reinforced observations that we can expect a strong correspondence between appeals to numbers, routines and classifications ("mechanical" objectivity) as sources for legitimacy of expertise at times of institutional change and uncertainty about the quality of expert judgment (Porter 1995). » D. MERCER, préc., note 11, 410.

³⁰ Gunver S. KIENLE et Helmut KIENE, « Clinical Judgement and the Medical Profession », (2011) 17:4 *Journal of Evaluation in Clinical Practice* 621, 622.

³¹ HENRY *et al.*, « Viewpoint: Moving Beyond Evidence-Based Medicine », (2007) 82:3 *Academic Medicine* 293 ; R.E. ASHCROFT, « Current epistemological problems in evidence based Medicine », (2004) 30 *Med. Ethics* 131 ; G.S. KIENLE et H. KIENE, préc., note 29 ; N. LÉGER-RIOPEL, préc., note 12.

Toutes les situations cliniques ne sont pas sujettes à un raisonnement « mathématique » et à la simple application d'un algorithme. Les patients ne correspondent rarement aux groupes témoins utilisés aux fins des études statistiques³², les études cliniques renvoient à des tableaux cliniques qui ne correspondent pas avec exactitude avec l'ensemble des symptômes et autres indicateurs de la condition du patient.

Par ailleurs, comme le souligne Philippe Abastados³³, cet « individu » qui est au cœur de la nouvelle médecine n'est pas le même que le patient dans son acception traditionnelle. De sujet d'une relation appelé à exprimer le consentement à une relation de soin avec un médecin³⁴, cet individu est devenu un « individu molaire » ou un « témoin statistique nu », dont la véritable fonction dans le savoir médical n'est plus de nature ontologique (utile à répondre à la question : qu'est-ce que le *medicas*) mais bien plutôt de nature méthodologique : ils seront appelés à former la notion de « population ». Cette notion, dont le caractère généralisant bat en brèche les rapports médicaux fondés sur la traditionnelle relation patient-médecin, témoigne du renouvellement de l'outillage conceptuel de la médecine qui est rendu nécessaire par l'importance croissante que prennent la statistique et l'épidémiologie au sein de la recherche (bio)médicale.

Pour peu que l'axiomatisation croissante à laquelle tendent tant le droit que la médecine soit une trajectoire qui soit partagée par un ensemble de disciplines, il est dès lors possible d'en dégager un certain mouvement d'ensemble dans le savoir. Le postulat positiviste de réductibilité des concepts et des lois propres aux sciences sociales aux lois de la psychologie individuelle, de la biologie, de la chimie et de la physique n'épargne pas le droit : qui, du mouvement de la *Jurisprudence thérapeu-*

³² « Proponents of EBM posit a solution to these variations: that medical practitioners should use only the best statistical information available, preferably from randomised double blind trials, to establish the efficacy of their interventions. Put another way the best epidemiological evidence should be applied at the bedside. If variability in treatment is eliminated, the claim is, we will be left with a core of unadulterated, "pure" medical knowledge, which grateful patients (consumers and clients are not mentioned in the EBM handbook) will accept. Of course this comes with caveats, particularly since individual patients rarely correspond exactly to the sample group of the epidemiological study. » Voir : K. WHITE et E. HILLIS, préc., note 15, 5.

³³ Philippe ABASTADOS, *L'Impasse du savoir*, Paris, Éditions EDK Médecine/Science, 2007.

³⁴ Voir généralement : S.M. WOLF, préc., note 9.

tique au mouvement dit du «*Neurolaw*», ne sont pas sans rappeler les avertissements d'Edgar Morin :

Nous vivons sous l'empire de la disjonction, de réduction et d'abstraction dont l'ensemble constitue ce que j'appelle le «paradigme de la simplification». (...) La seule façon de remédier à cette disjonction fut une autre simplification : la réduction du complexe au simple (réduction du biologique au physique, de l'humain au biologique). Une hyperspécialisation devait de plus déchirer et morceler le tissu complexe des réalités, et donner à croire que le découpage arbitraire opéré sur le réel était le réel lui-même. En même temps, l'idéal de la connaissance scientifique classique était de découvrir, derrière la complexité apparente des phénomènes, un Ordre parfait légiférant une machine perpétuelle³⁵.

Quel est l'individu qui survit à cette simplification, à cette réduction des phénomènes à des lois physiques ou biologiques ? Comme l'avait déjà identifié le professeur Patrick A. Molinari, dans son article «Émergence et structuration du droit de la santé : du colloque singulier à la théorie des droits sociaux»³⁶, le développement du domaine de la bioéthique témoignera du *droit du futur* :

L'identité conceptuelle du droit de la santé pourrait bien reposer sur un paradigme mais il me paraît plutôt incertain en raison de la forte polysémie des concepts de droit et de santé. S'agissant du premier, il faut reconnaître que les définitions les plus classiques se heurtent aujourd'hui à la théorie des normativités qui postule la coexistence d'ordres normatifs pluriels qui infléchissent l'ordre juridique d'une manière souvent insoupçonnée. Pour ne donner qu'un exemple de ce phénomène, l'émergence de la bioéthique et son inscription dans les processus décisionnels de légitimation de certaines interventions sanitaires impose sans contredit une relecture des prémisses fondatrices de l'ordre juridique. Quant au concept de santé, je rappellerai seulement la définition universellement connue qu'en donne l'Organisation mondiale de la santé pour illustrer combien il peut être englobant.

³⁵ Edgar MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, p. 18 et suiv.

³⁶ Patrick MOLINARI, *Droit de la santé : fondements et perspectives*, Actes de la 10^e Journée de droit de la santé, Institut de droit de la santé, Université de Neuchâtel, Neuchâtel, 2004, p. 9-18.



C'est-à-dire que la bioéthique, de par son ouverture méthodologique et de l'interdisciplinarité inhérente à sa fondation, permet de saisir avec une richesse additionnelle les notions médico-légales les plus classiques telles que la notion de *patient*, de *consentement*, la *relation thérapeutique*. Sous cet angle, la bioéthique se trouve à un mécanisme de (ré)introduction de la théorie des droits fondamentaux dans une raison médicale qui se construit désormais en excentrant de manière croissante toute notion de *patient*.

Conclusion

Comme une société qui se penserait sans humains ou un droit qui se concevrait sans personnes nous voyons émerger une médecine sans patients. Résultat d'une axiomatisation croissante qui mène à la disparition de la notion de « patient », les conséquences d'une telle perspective n'est pas sans avoir appelé un certain nombre de critiques³⁷.

Pour Samuel, l'échec des sciences axiomatisées se trouve dans la pensée post-axiomatique, ouverte à l'interdisciplinarité et puisant ainsi à même une variété de méthodologies³⁸. Ainsi, pour la professeure Susan Williams, par la bioéthique, seront dépassées les limites de la raison médico-légale par une réintroduction d'une « voix » dont disposerait le patient dans la prise en charge de sa santé³⁹.

Par ailleurs, une variété de travaux récents portant sur le rôle de la bioéthique témoignent de son rôle essentiel dans l'identification d'enjeux mettant en cause les droits fondamentaux des patients : elle est indissociable du tissu normatif, actuel et futur, du droit médico-légal. Au-delà des rencontres interdisciplinaires entre droit et médecine qui ont résulté en ces rapports d'ancillarisation réciproques identifiés par la professeure Bernheim⁴⁰, d'autres rapports d'interdisciplinarité prennent déjà place entre médecine et droit. De la « clinique » juridique, en passant par la notion de « diagnostic » juridique, différents outils conceptuels propre à

³⁷ K. WHITE et E. HILLIS, préc., note 15.

³⁸ Voir G. SAMUEL, préc., note 19, p. 8.

³⁹ Susan H. WILLIAM, « Bioethics and Epistemology : A Response to Professor Arras », (1994) 69:4 *Indiana Law Journal* 1021.

⁴⁰ Emmanuelle BERNHEIM, « Perspective Luhmanienne sur l'interaction entre droit et psychiatrie : théorisation de deux modèles dans le contexte particulier de l'expertise psychiatrique », (2008) 13:1 *Lex Electronica* 30.



la médecine font partie du lexique juridique usuel. La pollinisation est par ailleurs croisée : nous assistons, en contexte de sciences de la santé, à l'utilisation à des fins pédagogique du modèle de simulation d'un « procès » en matière de responsabilité professionnelle, le tout en vue d'amener les étudiant(e)s des domaines de la santé, de par la nature du contexte contradictoire, à mieux apprécier l'importance et la justesse des justifications à leur choix cliniques et la légitimité, en rétrospective, des démarches retenues⁴¹.

Les fruits à venir d'une plus grande affinité entre la raison médicale et juridique se présente comme véritable ouverture à une épistémologie comparée. La médecine et le droit comme « états d'exception » ne résistent plus aux pressions technologiques et sanitaires croissantes et les besoins résolument complexes qui émergent avec les nouvelles modalités d'exercice de la médecine et les expressions récentes de la recherche biomédicale. Par ailleurs, la reconnaissance croissante de la proximité méthodologique et épistémologique de ces deux disciplines ne laisse dès lors plus place à une monodisciplinarité triomphante qui, à terme, ne rencontre plus les besoins en connaissance de notre époque. Le droit est-il soluble dans la médecine ? La médecine est-elle soluble dans le droit ? Ces questions en appellent à une épistémologie comparée de la médecine et du droit, une véritable étude de la raison médico-légale.

⁴¹ Randall C. JENKINS et Christy H. LEMAK, « A Malpractice Lawsuit Simulation : Critical Care Providers Learn as Participants in a Mock Trial », (2009) 29:4 *Critical Care Nurse* 52.