

Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec

Daniel Jutras

Volume 31, Number 3, 1990

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043038ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043038ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Jutras, D. (1990). Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec. *Les Cahiers de droit*, 31(3), 821–847. <https://doi.org/10.7202/043038ar>

Article abstract

Discussions about medical responsibility, the extent of the « crisis » surrounding it, and the types of reforms that can be envisaged have become quite frequent in Quebec. But such thinking about the future of medical responsibility cannot be absolutely neutral and objective. The author suggests that the description of the crisis varies depending on one's conception of the role of civil responsibility. The same can be said of the analysis of possible reforms. Quebec jurists are reluctant to change their institutions in the area of iatrogenic injuries because analysis of the situation takes place within an imposing epistemological framework that cannot be avoided.

Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec

Daniel JUTRAS *

La responsabilité médicale est devenue un sujet de préoccupation au Québec. On s'interroge aujourd'hui à la fois sur l'ampleur de la crise et sur les réformes qu'on pourrait concevoir pour éviter que la situation ne s'aggrave. Pourtant cette réflexion sur la réforme de la responsabilité médicale n'est pas aussi neutre qu'on le croit. L'auteur suggère qu'en cette matière, la description du malaise peut prendre plusieurs formes selon la conception qu'on se fait du rôle de la responsabilité civile. Il en est de même de l'analyse des réformes possibles. Les juristes québécois hésitent devant un bouleversement du cadre juridique en matière d'accidents thérapeutiques parce que leur examen de la situation s'effectue à l'intérieur d'un cadre épistémologique dont il est difficile de se départir.

Discussions about medical responsibility, the extent of the « crisis » surrounding it, and the types of reforms that can be envisaged have become quite frequent in Quebec. But such thinking about the future of medical responsibility cannot be absolutely neutral and objective. The author suggests that the description of the crisis varies depending on one's conception of the role of civil responsibility. The same can be said of the analysis of possible reforms. Quebec jurists are reluctant to change their institutions in the area of iatrogenic injuries because analysis of the situation takes place within an imposing epistemological framework that cannot be avoided.

* Professeur, Faculté de droit, Université McGill. L'auteur désire remercier ses collègues Nicholas Kasirer et Roderick A. Macdonald, qui ont commenté ce texte. Une partie de la recherche a été effectuée par Marie-Claude Goulet, grâce à l'aide financière de la Fondation Wainwright. Que l'une et l'autre trouvent ici l'expression de la gratitude de l'auteur.

	<i>Pages</i>
1. Les crises de la responsabilité médicale	823
1.1. Les crises à mesurer	824
1.1.1. La crise de l'assurance	824
1.1.2. La crise de l'indemnisation	825
1.2. Les crises conceptuelles	827
1.2.1. Le processus décisionnel	829
1.2.1.1. La responsabilité pour autrui	829
1.2.1.2. L'obligation d'information et le consentement éclairé	831
1.2.2. Les incertitudes de la médecine et celles du droit	834
1.3. La réforme et la crise multiforme	835
2. La raison instrumentale et ses limites	837
2.1. Le pouvoir réformateur du droit et les grandeurs de la raison instrumentale	837
2.2. Vicissitudes de la raison instrumentale	841
2.3. Les choix fondamentaux	843
Conclusion	846

Les discussions portant sur la réforme de la responsabilité médicale se déroulent généralement en deux temps. D'abord, s'interroge-t-on, la responsabilité médicale est-elle en crise? Ensuite, et seulement si l'examen de la situation montre que la crise est réelle, quelles sont les orientations possibles de la réforme?

Cette façon d'aborder le problème de la responsabilité médicale s'appuie sur deux prémisses fragiles.

La première de ces prémisses est que la crise, si elle existe, est un fait social objectif et mesurable. Il faut donc identifier les problèmes auxquels la réforme doit remédier avant de décider de son orientation. Mais est-ce vraiment la crise qui appelle la réforme, ou plutôt le réformisme qui donne sa forme à la crise? En fait, la crise de la responsabilité médicale n'est pas une réalité sociale entièrement indépendante de la description qui en est faite. Les juristes (comme le droit) construisent et réparent en même temps. Il est donc concevable que la volonté de réforme elle-même puisse favoriser la description d'une crise adaptée aux changements qu'elle suggère. Si c'est le cas, il n'y a pas « une » crise de la responsabilité médicale, mais plusieurs crises possibles, qui reflètent des choix idéologiques différents et justifient des réformes parfois contradictoires.

La deuxième prémisses est celle du pouvoir réformateur du droit : une fois les problèmes identifiés, il est possible de les faire disparaître (au moins en partie) en choisissant les solutions avec soin. C'est le règne de la raison instrumentale, dont on trouve l'expression dans les métaphores thérapeutiques

qu'utilise la doctrine sur cette question¹ : si le droit de la responsabilité médicale est malade, il suffit de poser le bon diagnostic et de déterminer la thérapie appropriée. Mais ces métaphores insistent trop sur le caractère scientifique de la médecine et pas assez sur les incertitudes qui en sont le lot quotidien. En médecine comme en droit, le diagnostic n'est pas une mince affaire, et le rapport entre la thérapie et la guérison est bien souvent mystérieux. Bref, s'il est utile de s'interroger sur les meilleurs moyens de régler certains des problèmes de la responsabilité médicale, il faut aussi souligner les limites de la raison instrumentale et la nécessité d'une réflexion normative plus approfondie.

Voilà donc les deux questions dont nous voulons traiter dans les pages qui vont suivre. La première partie souligne le caractère multiforme de la présumée crise de la responsabilité médicale. La deuxième partie insiste sur les dangers et les contradictions qui jonchent la route de la réforme de ce domaine du droit civil québécois.

1. Les crises de la responsabilité médicale

La responsabilité civile n'en est pas à son heure de gloire. Dans son application aux préjudices iatrogéniques, semble-t-il, la responsabilité civile a causé toutes sortes de phénomènes malheureux². Mais l'ampleur et la nature de ces phénomènes restent assez obscures. Ce flou qui caractérise la description de la crise de la responsabilité médicale s'explique de deux façons.

D'abord, les difficultés de nature empirique sont très importantes. Pour décrire la crise de façon adéquate, il faut pouvoir mesurer avec précision les changements survenus à différents niveaux. Il faut par exemple mesurer l'augmentation des recours contre les médecins et les autres débiteurs de soins de santé, tout en tenant compte de facteurs comme l'augmentation du nombre d'actes thérapeutiques, l'augmentation du nombre de médecins et les changements dans la pratique médicale. Il faut aussi avoir une idée assez claire de la proportion des victimes d'accidents iatrogéniques qui décident de réclamer une compensation, et de la proportion de ces derniers recours qui se soldent par une réparation du dommage. Il faut mesurer en dollars constants les variations dans les indemnités accordées aux victimes et dans les primes d'assurance-responsabilité des professionnels de la santé et des hôpitaux.

1. Voir par exemple J.-L. BAUDOIN, « La responsabilité professionnelle médicale : pathologie et thérapie », dans *La responsabilité civile des professionnels au Canada*, études publiées par B.M. Knoppers, Cowansville, Yvon Blais, 1988, p. 99.

2. La responsabilité médicale au Québec est régie par les règles ordinaires de la responsabilité civile.

Surtout, il faut pouvoir analyser ces changements sur une période suffisamment longue pour que les résultats soient significatifs. La complexité d'une telle étude empirique explique que l'on n'ait à ce jour qu'une image assez fragmentaire de l'étendue de la crise de la responsabilité médicale au Québec.

Outre ces difficultés de nature empirique, il faut aussi souligner que l'examen qu'on fait de la responsabilité médicale est situé, subjectif. Ce qu'on voit à travers le prisme des études empiriques peut être décrit de plusieurs façons. La forme de la crise est tout autant tributaire des données objectives qu'on a devant soi que des choix idéologiques qui en articulent la présentation. Puisque les points de vue de ceux qui décrivent le problème ne sont pas nécessairement identiques, la crise de la responsabilité médicale prend différentes formes. Ce n'est donc pas la crise de la responsabilité médicale qu'il faut décrire, mais les crises, que nous présenterons en deux parties : d'abord les crises à mesurer, qui procèdent de l'analyse empirique ; ensuite, ce que nous appellerons les crises conceptuelles, qui résultent de la tension entre les notions fondamentales de la responsabilité civile et leur application aux préjudices iatrogéniques.

1.1. Les crises à mesurer

1.1.1. La crise de l'assurance

L'aspect le plus évident de la crise de la responsabilité médicale est probablement celui des soubresauts du marché de l'assurance-responsabilité des hôpitaux et des professionnels de la santé³. Il n'y a aucun doute que le coût de l'assurance-responsabilité a grimpé au Québec de façon significative au cours de la dernière décennie, tant pour les médecins que pour les établissements de santé. Une étude récente sur le problème de la responsabilité médicale au Canada⁴ fait état d'une augmentation annuelle de 14% des

3. La plupart des professionnels de la santé ont l'obligation de détenir une assurance-responsabilité professionnelle. Voir par exemple : *Règlement sur l'assurance-responsabilité professionnelle des médecins*, R.R.Q. 1981, c. M-9, r.3.1 ; *Règlement sur l'assurance-responsabilité professionnelle de l'Ordre des pharmaciens du Québec*, R.R.Q. 1981, c. P-10, r.3 ; *Règlement sur l'assurance-responsabilité professionnelle des infirmières et des infirmiers*, R.R.Q. 1981, c. I-8, r.3 ; *Règlement sur l'assurance-responsabilité professionnelle des dentistes*, R.R.Q. 1981, c. D-3, r.3 ; *Règlement sur l'assurance-responsabilité professionnelle des physiothérapeutes*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r.135.

4. D. DEWEES, P. COYTE et M. TREBILCOCK, *Canadian Medical Malpractice Liability: An Empirical Analysis of Recent Trends*, University of Toronto, 1989. Les conclusions de cette étude s'appuient principalement sur des données fournies par le Canadian Medical Protective Association (CMPA), certaines compagnies d'assurance et les organismes de santé de chaque province, ainsi que sur une étude empirique complémentaire effectuée par les auteurs.

primes d'assurance de la majorité des médecins au Canada pour la période de 1971 à 1987, en dollars constants⁵.

On attribue généralement cette hausse à une multiplication des recours en dommages dans le secteur de la santé et à l'augmentation de l'indemnité moyenne accordée aux victimes dans ces cas. Ainsi, la même étude montre qu'il y a eu une augmentation annuelle de 9% dans les réclamations par 100 médecins entre 1971 et 1987 au Canada. Elle note aussi une augmentation annuelle de 6.6% des réclamations payées par 100 médecins pour la même période, ainsi qu'une augmentation annuelle de 10% de la moyenne des indemnités versées, en dollars constants.

La situation est un peu moins sérieuse au Québec, selon les statistiques recueillies par le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec (C.R.D.P.C.Q.)⁶. Bien sûr, le nombre de poursuites intentées annuellement en Cour supérieure contre des médecins a triplé entre 1971 et 1984⁷. Mais si l'on tient compte du fait que le nombre de médecins au Québec a presque doublé au cours de la même période, cette statistique est moins inquiétante⁸. En fait, le nombre de poursuites intentées par 100 médecins n'a même pas doublé entre 1971 et 1984⁹.

La situation n'est donc pas alarmante, mais elle est préoccupante¹⁰. Les primes d'assurance-responsabilité et le contentieux augmentent sans qu'on

5. Il s'agit de la prime payée par les médecins membres du C.M.P.A., qui assure la défense de plus de 90% des médecins au Canada, y compris au Québec.

6. Le C.R.D.P.C.Q. a compilé une imposante banque de données sur les poursuites intentées au Québec en matière de soins de santé au cours des vingt dernières années.

7. Le nombre de ces poursuites est passé de 53 en 1971 à 140 en 1984.

8. Le nombre de médecins rémunérés pour un acte médical par la Régie de l'assurance-maladie du Québec est passé de 6911 en 1971 à 11262 en 1984. Voir les *Statistiques Annuelles 1984*, Régie de l'Assurance-Maladie du Québec, Service des communications de la R.A.M.Q., 1985.

9. Il est passé de .76 poursuites par 100 médecins en 1971 à 1.24 poursuite par 100 médecins en 1984.

10. Quelques auteurs présentent une version plus dramatique de la crise. Voir par exemple V. O'DONNELL, « The liability crisis — fact and fiction » dans *La responsabilité civile des professionnels au Canada*, supra, note 1, à la p. 87. M^e O'Donnell souligne que les recours civils contre les médecins ont subi une augmentation de 500% entre 1972 et 1986. Voir aussi J. BRIÈRE, « Les conséquences de l'augmentation des recours et des indemnités pour les médecins et la société » (1987) 18 *R.G.D.* 113, et G. BOILY, « La responsabilité civile du médecin : l'aube d'une crise » (1986) 54 *Assurances* 376.

connaisse les causes de ce phénomène¹¹. Mais on ne s'en inquiète pas trop au Québec¹².

1.1.2. La crise de l'indemnisation

À l'inverse, il y a peut-être aussi une crise de l'indemnisation des victimes d'accidents iatrogéniques. L'idée reçue veut qu'il y ait peu de victimes qui réclament une réparation. On croit aussi que parmi celles qui le font, une majorité reçoit une indemnité insuffisante avec beaucoup de retard, ou, pire encore, ne reçoit pas d'indemnité du tout.

Bien sûr, les avocats et les experts coûtent cher, et la preuve de la faute médicale est difficile. On présume souvent que le caractère onéreux et aléatoire de ces recours en responsabilité médicale dissuade plusieurs patients d'exercer leurs droits. Par ailleurs, les victimes d'accidents iatrogéniques qui ne peuvent être attribués à la négligence de quiconque sont privées de réparation en raison des principes fondamentaux de la responsabilité civile. Il n'y a pas de responsabilité médicale sans négligence au Québec. Pour certains la situation des victimes en matière médicale est regrettable lorsqu'on la compare à celle des victimes d'accidents de la route, par exemple, qui reçoivent une indemnité (partielle, sans doute) relativement rapidement et sans avoir à prouver la négligence d'autrui¹³.

Il faut reconnaître toutefois que ces conclusions sont le plus souvent intuitives, parce que la preuve empirique du niveau d'indemnisation est difficile, sinon impossible à obtenir¹⁴. Ainsi, on n'a pas encore au Québec de statistiques précises sur la proportion de victimes qui n'intentent pas de recours en responsabilité pour faute médicale. Pour les obtenir, il faudrait d'abord pouvoir identifier tous les dommages résultant potentiellement d'une faute, une tâche rendue complexe par les aléas inhérents à la pratique médicale. D'autre part, s'il est possible de mesurer le taux de succès des victimes qui choisissent de poursuivre leur médecin ou leur hôpital, il est

11. Voir l'étude de D. DEWEES, P. COYTE et M. TREBILCOCK, *supra*, note 4, qui analyse l'effet de l'environnement social, professionnel et juridique sur la prolifération des litiges. Deux auteurs se demandent aussi si les poursuites ne sont pas le reflet d'une détérioration de la qualité des soins de santé. Voir P.-A. CRÉPEAU et P. DESCHAMPS, *La responsabilité civile reliée à la prestation de soins de santé : perspective et prospective québécoises*. Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, Montréal, 1988.

12. Voir J.-L. BAUDOIN, *supra*, note 1. Voir à l'effet contraire J. BRIÈRE, *supra*, note 10, et G. BOILY, *supra*, note 10.

13. *Loi sur l'assurance-automobile*, L.R.Q. c. A-25.

14. L'étude de D. DEWEES, P. COYTE et M. TREBILCOCK, *supra*, note 4, évalue le nombre de poursuites intentées à environ 4% du nombre de poursuites potentielles, mais ce chiffre est avancé avec prudence compte tenu du manque de preuve empirique pour le soutenir.

difficile de déterminer si l'indemnité reçue par la victime après un jugement ou une transaction est suffisante pour combler ses besoins, ou si au contraire cette indemnité est excessive compte tenu des bénéfices reçus d'autres sources.

Mais de l'avis de plusieurs, encore une fois, la crise n'est pas trop sérieuse au Québec. Au pire, on peut avoir l'impression que la machine de la responsabilité médicale s'est un peu emballée et qu'elle tourne à vide. Le système coûte de plus en plus cher, et n'aide peut-être pas suffisamment de victimes.

1.2. Les crises conceptuelles

Néanmoins la crise prend d'autres formes que l'analyse empirique ne révèle pas toujours¹⁵. C'est le cas, par exemple, de l'affaiblissement potentiel de l'édifice conceptuel de la responsabilité. Certaines parties essentielles de cet édifice sont peut-être menacées par quelques développements récents en matière médicale.

Ainsi, on a parlé du changement d'intensité de l'obligation de soins, obligation de moyens par excellence, qui serait transformée en obligation de résultat par l'utilisation mal réglée de présomptions de fait dans l'établissement de la faute médicale¹⁶.

Par ailleurs, certains ont peut-être senti les dangers de la notion de consentement éclairé : l'accent qu'on a mis récemment sur l'obligation de renseignements du médecin permet dans plusieurs cas de tenir ce dernier responsable de la réalisation de risques inhérents à certaines procédures,

15. Voir cependant P. DESCHAMPS, B.M. KNOPPERS, K.G. GLASS et B. MORNEAU, *Report on Health Care Liability in Canada*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989, dans lequel les auteurs s'efforcent de mesurer empiriquement la modification jurisprudentielle des concepts de la responsabilité civile.

16. Le critère énoncé dans la décision de la Cour suprême dans *Parent c. Lapointe*, [1952] R.C.S. 376 est souvent cité sur cette question :

Quand, dans le cours normal des choses, un événement ne doit pas se produire, mais arrive tout de même, et cause un dommage à autrui, et quand il est évident qu'il ne serait pas arrivé s'il n'y avait pas eu de négligence, alors, c'est à l'auteur de ce fait à démontrer qu'il y a une cause étrangère, dont il ne peut être tenu responsable et qui est la source de ce dommage.

L'application de ce critère à la preuve de la faute médicale a donné lieu à une certaine controverse. Voir P.-A. CRÉPEAU, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1956, et A. BERNARDOT, « Le médecin et les présomptions de fait », (1971) 2 *R.D.U.S.* 75. Cependant la jurisprudence récente montre qu'une fois la faute présumée, le médecin peut s'exonérer en apportant la preuve que le préjudice est la conséquence d'une autre cause, tout aussi probable. Voir *Gendron c. Leduc*, [1989] R.R.A. 245, (C.A.), *Gouin-Perreault c. Villeneuve*, [1986] R.R.A. 4 (C.A.), *Bergeron-Bolduc c. Lemire*, C.P. Québec, 200-02010183-830 (J.E. 84-751). Sur cette question, voir H. KÉLADA, « La responsabilité médicale et le fardeau de preuve », [1986] R.R.A. 147.

même si l'obligation de soins a été remplie avec la plus grande diligence¹⁷. On s'inquiète aussi de l'émergence du concept de perte de chance, qui modifie l'exigence d'un lien de causalité entre la faute du médecin et le dommage subi par la victime : la victime peut dans certains cas se contenter d'établir que la faute du médecin l'a privée d'une chance de guérison, sans avoir à démontrer de manière prépondérante que cette même faute est la cause du préjudice qu'elle a subi¹⁸.

Il est possible que la combinaison de ces facteurs ait pour effet de créer une sorte de responsabilité objective pour les accidents iatrogéniques. À côté des crises révélées par l'analyse empirique, il y a donc ce potentiel de crise conceptuelle, cet infléchissement de la notion de faute qui résulte de notre (trop grande ?) sympathie à l'endroit des victimes en matière médicale.

Certains ont mis en doute la réalité de cette menace¹⁹, et la jurisprudence récente montre que les juges québécois n'ont pas encore abandonné principe de la responsabilité fondée sur la faute²⁰. La crise conceptuelle, en fait, est peut-être d'un autre ordre. Même si la notion de faute est intacte, ces nouveaux développements dont on parle nous font percevoir la discordance entre la structure conceptuelle de la responsabilité civile et certains aspects de

17. *Beausoleil c. La Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence*, [1965] B.R. 37.

18. Ce concept soulève les craintes de certains, qui y voient une façon de contourner l'exigence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Mais il ne s'agit pas tant d'une subversion du concept de causalité que de la reconnaissance de la valeur intrinsèque de certaines « chances », ou probabilités de réalisation d'un résultat favorable. Dans les cas où, par exemple, le lien causal entre le décès du patient et la faute du médecin est douteux, il est possible de redéfinir le préjudice comme la perte d'une chance d'éviter la mort (si une autre thérapie plus efficace était disponible, par exemple). Il faut quand même établir le lien causal entre la faute du médecin et ce préjudice, défini comme la perte d'une chance. Ce concept a bien sûr un effet sur le calcul des dommages-intérêts auxquels la victime a droit. Il n'y a donc pas deux concepts de perte de chance, comme on l'a parfois prétendu, mais un seul, qui permet la redéfinition du préjudice, et qui entraîne certaines conséquences quant à la détermination de l'indemnité. Le concept est dangereux, bien entendu, dans la mesure où bien des préjudices incertains peuvent être définis comme des pertes de chances. Sur cette question, voir *Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424 (C.A.), *Laferrrière c. Lawson*, [1989] R.J.Q. 2740 (C.A.), *Lapointe c. Hôpital le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 et I. PARIZEAU, « Le lien de causalité au bord du gouffre », (1989) 49 *R. du B.* 514.

19. Voir P. DESCHAMPS *et al.*, *supra*, note 15. Mais voir cependant le rapport de DEWEES *et al.*, *supra*, note 4, chapitre 4, aux p. 56-57, qui montre que certains changements du droit (concernant l'évaluation du préjudice ou l'obligation de renseignements, par exemple) ont pour effet d'augmenter le nombre de poursuites.

20. *De Bogyay c. Royal Victoria*, [1987] R.R.A. 613 (C.A.), *Houde c. Roberge*, [1987] R.R.A. 409 (C.S.), *Fournier c. Bujold*, [1986] R.R.A. 1 (C.S.) (appel à la Cour d'appel rejeté, C.A. Québec, 200-09-000807-856, 1987-07-06), *Barette c. Lajoie*, C.S. St-François, 450-05-000972-832 (J.E. 85-853), *Bérard-Guillette c. Maheux*, [1989] R.J.Q. 1758 (C.A.).

la pratique médicale²¹. Les concepts qu'on utilise en droit s'harmonisent mal avec la structure décisionnelle en matière thérapeutique, et avec l'incertitude inhérente à la pratique médicale.

1.2.1. Le processus décisionnel

1.2.1.1. La responsabilité pour autrui

On a souligné souvent les changements qui ont affecté la pratique médicale au cours des trente dernières années. Durant cette période, la médecine au Québec est passée de l'art à l'industrie. Aujourd'hui, les décisions susceptibles d'affecter le bien-être du patient sont de plus en plus souvent prises en milieu hospitalier, et elles sont souvent le fait de plusieurs intervenants.

Or la structure conceptuelle de la responsabilité civile est résolument individualiste. Le point de départ de toute analyse reste l'identification d'une faute attribuable à un individu. Ces concepts s'adaptent difficilement à la décision médicale : puisque l'obligation de soins est répartie sur plusieurs personnes à la fois, la responsabilité qui en résulte peut difficilement être individuelle. Cela soulève bien sûr des problèmes d'identification de l'auteur du dommage, qui sont très importants dans les cas de faute commise en milieu hospitalier. Mais au-delà de cette recherche du coupable, il y a la nécessité de développer une véritable notion de responsabilité institutionnelle, qui traduise le caractère collectif de la faute commise²².

Au Québec, ces problèmes sont au centre de la controverse sur la responsabilité hospitalière. Cette controverse porte à la fois sur la nature des rapports entre le patient et l'hôpital et sur l'étendue des obligations de l'hôpital à l'égard du patient. Sur la première question s'opposent d'une part ceux qui affirment l'existence d'un contrat entre l'hôpital et le patient et d'autre part ceux qui soutiennent que les obligations de l'hôpital ne peuvent

21. Cette dissonance dans l'application de la responsabilité civile à la médecine se reproduira probablement dans d'autres champs, en particulier en matière d'environnement. Les difficultés de preuve, les incertitudes scientifiques, le caractère diffus du processus décisionnel créeront sans doute les mêmes tensions. Voir R.L. RABIN, « Tort System on Trial: the Burden of Mass Toxics Litigation », (1989) *Yale L.J.* 813 et R.L. RABIN, « Environmental Liability and the Tort System », (1987) 24 *Hous. L.Rev.* 27.

22. Ainsi, il nous faudrait un concept qui permette d'évaluer à la fois le comportement des agents de l'institution et la structure bureaucratique de celle-ci, c'est-à-dire la façon dont les décisions sont prises à l'intérieur de l'institution. Sur cette question, voir C. STONE, « The Place of Enterprise Liability in the Control of Corporate Conduct », (1980) 90 *Yale L.J.* 1.

être que légales²³. Quant à l'étendue des obligations de l'institution, la notion d'« hôpital-auberge » (où l'institution n'est pas responsable de la prestation de soins médicaux) s'oppose à celle de l'hôpital débiteur de soins de santé.

Il semble aujourd'hui bien admis que les obligations de l'hôpital s'étendent au-delà de la simple organisation de services médicaux offerts par des professionnels indépendants. Que cette obligation soit contractuelle ou légale, elle comprend l'ensemble des services médicaux, chirurgicaux, infirmiers et pharmaceutiques requis par l'état du patient. Mais la qualification du régime de la responsabilité hospitalière reste importante. Si les obligations de l'hôpital sont extra-contractuelles, l'hôpital ne peut être responsable que lorsque la faute médicale a été commise par un de ses préposés²⁴. Au contraire, si la responsabilité de l'hôpital est contractuelle, il n'est pas nécessaire d'établir le lien de préposition entre l'hôpital et le médecin fautif, puisque l'institution engage sa responsabilité directement du fait de l'inexécution de ses propres obligations contractuelles²⁵.

La Cour d'appel du Québec s'est prononcée récemment encore en faveur de l'analyse contractuelle des rapports entre le patient et l'hôpital²⁶. Elle aurait pu tout aussi bien adopter une conception flexible de la notion de préposition dans le cadre de la responsabilité extra-contractuelle pour autrui, et admettre la possibilité d'un rapport maître-commettant entre l'hôpital et le professionnel de la santé²⁷. Mais la solution retenue par la Cour d'appel est

23. Sur la thèse contractuelle, voir P.-A. CRÉPEAU, *supra*, note 16; P.-A. CRÉPEAU, « La responsabilité de l'établissement hospitalier en droit civil canadien », (1981) 26 *R.D. McGill* 673; et S. NOOTENS, « La remise en cause du contrat hospitalier », (1984) 44 *R. du B.* 625. Sur la thèse extra-contractuelle, voir A. LAJOIE, P. MOLINARI et J.-L. BAUDOIN, « Le droit aux services de santé: légal ou contractuel », (1983) 43 *R. du B.* 675, et *Cloutier c. Centre hospitalier de l'Université Laval*, [1986] R.J.Q. 615 (C.S.). Voir aussi les commentaires du juge Monet dans *Houde c. Coté*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.).

24. On ne retient pas souvent l'existence d'un lien de préposition entre l'hôpital et le médecin, soit parce que le juge est d'avis que la qualité de professionnel est incompatible avec la subordination, soit parce que la nature des rapports entre l'hôpital et le médecin empêche d'établir que le premier exerce un contrôle sur l'activité du second. Voir par exemple *Boyer c. Grignon*, [1988] R.J.Q. 829 (C.S.), *Ouellet c. Schatz*, [1987] R.R.A. 652 (C.S.), *Dufour c. Centre Hospitalier Robert Giffard*, [1986] R.R.A. 262 (C.S.). La jurisprudence reconnaît cependant la possibilité d'un lien de préposition entre l'hôpital et le personnel infirmier ou les internes. Voir par exemple *Hôtel-Dieu d'Amos c. Gravel*, [1989] R.J.Q. 64 (C.A.), *Liberman c. Tabah*, [1986] R.J.Q. 1333 (C.S.), *Plamondon c. Boies*, C.A. Québec, 200-09-000196-805 (J.E. 85-976).

25. *Qui facit per alium, facit per se*. C'est la thèse que retient la Cour d'appel dans *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra*, note 18. Voir aussi *Houde c. Coté*, *supra*, note 23.

26. *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, *supra*, note 18.

27. Voir D. CHALIFOUX, « Vers une nouvelle relation commettant-préposé », (1984) 44 *R. du B.* 815, qui propose une conception de ce rapport fondée sur la notion d'intégration à l'entreprise, bien connue en droit du travail.

préférable, dans la mesure où elle favorise le développement d'un concept de responsabilité institutionnelle, où il n'est plus nécessaire d'identifier d'abord l'agent fautif. Il reste que cette adaptation d'une responsabilité civile essentiellement individualiste à la structure décisionnelle en milieu hospitalier ne se fait pas sans heurts²⁸.

1.2.1.2. L'obligation d'information et le consentement éclairé

L'évolution récente de la jurisprudence montre d'autres problèmes d'adaptation du droit civil québécois au processus décisionnel médical. Ainsi, la notion de consentement éclairé et l'obligation d'information corrélative du médecin rendent compte, non sans difficultés, des changements que nous vivons quant au partage de la décision médicale entre le professionnel et le patient²⁹.

En droit civil québécois, le médecin a l'obligation de renseigner le patient quant aux dangers normalement prévisibles que comporte la thérapie envisagée³⁰. Cette obligation s'apprécie en fonction du critère de médecin raisonnable, tenant compte de la situation particulière de chaque patient et de son niveau de compréhension³¹. À défaut de remplir cette obligation, le médecin

28. La question demeure ouverte, puisque l'Avant-projet de la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 1^{re} session, 33^e lég. Qué., 1987, à son article 1516, prévoit que les recours pour réparation d'un préjudice corporel obéiront obligatoirement aux principes de la responsabilité extracontractuelle.

29. J.-L. BAUDOUIN parle de consumérisme, de rapport égalitaire, dans « La vérité et le droit des personnes : aspects nouveaux », (1987) 18 *R.G.D.* 801. L'étude de D. DEWEES, P. COYTE et M. TREBILCOK suggère que le caractère impersonnel des rapports entre le médecin et son patient n'augmente pas nécessairement la propension des patients à réclamer une indemnisation ; voir *supra*, note 4, chapitre 5, à la p. 55. Mais qu'en est-il des attentes plus grandes des patients (et des médecins eux-mêmes) à l'endroit de la médecine ? Sur l'omnipotence du savoir médical, voir L. THOMAS, « What Doctors Don't Know », *New York Review of Books*, vol. 34, n^o 14, 24 Septembre 1987, à la p. 6.

30. Ce principe est fermement établi en droit québécois. Pendant une certaine période, on s'est inspiré de deux décisions de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192, et *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, décidées en vertu de la *common law*. Cette façon de faire a suscité beaucoup de critiques et l'obligation d'information est maintenant mieux rattachée à la tradition civiliste. Voir R.P. KOURI, « L'influence de la Cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois », (1984) 44 *R. du B.* 851, les commentaires du juge Label dans *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1959 (C.A.), et ceux du juge Monet dans *Dodds c. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.).

31. A. BERNARDOT et R.P. KOURI, *La responsabilité médicale au Québec*, Sherbrooke, R.D.U.S., 1980, aux pp. 113-148 ; L. POTVIN, *L'obligation de renseignement du médecin : étude du droit québécois, français et du common law canadien*, Cowansville, Ed. Yvon Blais, 1984 ; B.M. KNOPPERS, « Vérité et information de la personne », (1987) 18 *R.G.D.* 819. Voir aussi les remarques du juge Label dans *Chouinard c. Landry*, *supra*, note 30, qui précise que le médecin n'a pas à divulguer les risques les plus minces ou les thérapies alternatives qu'on ne peut sérieusement envisager.

peut être tenu responsable du préjudice résultant de la thérapie, même si ce préjudice n'est que la réalisation d'un risque inhérent à l'intervention, en l'absence de toute négligence³². Il suffit que la preuve démontre que le patient n'aurait pas consenti à l'intervention s'il avait été mieux informé³³. L'objectif est louable : il s'agit de mettre en œuvre le principe de l'inviolabilité de la personne, et d'instaurer un processus décisionnel qui tienne compte des choix du patient³⁴.

Si l'objectif est clair, il reste tout de même quelques ambiguïtés, qui montrent que le droit et la médecine ne font pas toujours bon ménage. Ainsi, s'agit-il d'une obligation d'information, ou plutôt d'une obligation d'obtenir le consentement éclairé du patient³⁵? La question est importante, parce que la réponse est susceptible de faire varier le contenu de l'obligation. On devrait normalement être plus exigeant à l'endroit du médecin s'il a l'obligation de s'assurer du consentement du patient que s'il n'a que l'obligation de fournir les renseignements qu'un médecin raisonnable donnerait dans les mêmes circonstances³⁶. De même, les attentes particulières ou extraordinaires de

32. Même si la violation de cette obligation est très souvent invoquée, elle n'est pas toujours facile à établir. Voir par exemple *Gendron c. Leduc*, *supra*, note 16, *Boyer c. Grignon*, *supra*, note 24, *Chouinard c. Landry*, *supra*, note 30, *Dunnant c. Chong*, [1986] R.R.A. 2 (C.A.), *Chaussé c. Desjardins*, [1986] R.J.Q. 358 (C.S.), *O'Hearn c. Estrada*, C.A. Montréal, 500-09-000999-813 (J.E. 84-449), *Gouin-Perreault c. Villeneuve*, *supra*, note 16.

33. Il y a un lien causal entre la faute du médecin et le dommage subi dès qu'il est établi que le patient n'aurait pas consenti à l'intervention s'il avait été mieux informé. Voir R.P. KOURI, « La causalité et l'obligation de renseigner en droit médical québécois », (1987) 17 *R.D.U.S.* 493, qui souligne avec raison que le test doit être subjectif, et qu'il n'est pas nécessaire d'établir ce que le patient raisonnable aurait décidé dans les mêmes circonstances. Sur la controverse entre l'utilisation d'un test objectif plutôt que subjectif, voir aussi *Chouinard c. Landry*, *supra*, note 30, *Faucher-Grenier c. Laurence*, [1987] R.R.A. 278 (C.S.), *Dunnant c. Chong*, *supra*, note 32, et *Barette c. Lajoie*, *supra*, note 20. Même si on s'entend sur le moyen de déterminer le lien causal, le problème demeure celui de la qualification du préjudice.

34. Voir l'article 19 C.C.B.C., qui énonce le principe de l'inviolabilité de la personne humaine. L'obligation d'information découle aussi de la réglementation concernant les services de santé. Voir à ce sujet M. FAUTEUX et P. MAGNAN, « Le consentement éclairé ou le devoir d'information », [1986] *R.R.A.* 139.

35. Dans l'affaire *Reibl c. Hughes*, *supra*, note 30 à la p. 892, le juge en chef Laskin souligne qu'en common law l'obligation d'information n'est pas « un critère de la validité du consentement » du patient. Ce n'est pas nécessairement le cas en droit civil. Voir par exemple *Chouinard c. Landry*, *supra*, note 30, p. 1966, où le juge Lebel précise que :

Pour la formation de la convention de soins, le consentement doit être éclairé, sinon le contrat ne se conclut pas, selon les principes du droit des obligations. Dans la phase d'exécution du contrat de soins, le patient peut exiger ce respect d'une obligation de renseignement portant sur la nature et les risques de l'intervention thérapeutique.

36. S'il s'agissait d'une obligation d'information, les devoirs du médecin seraient analogues à ceux du manufacturier, par exemple.

certains patients auront plus d'importance si le médecin doit obtenir le consentement éclairé du patient que s'il peut légitimement se contenter de donner les renseignements qui suffisent à la grande majorité des patients³⁷.

Mais il reste un problème plus important, qui montre l'essoufflement des concepts traditionnels de la responsabilité civile devant les fins qu'on veut leur faire réaliser. Ce problème, c'est celui de la définition du préjudice qui résulte de la violation de cette obligation d'obtenir le consentement du patient. En effet, la responsabilité civile suppose un préjudice, c'est-à-dire que d'habitude, la victime plaide que le défendeur a aggravé sa situation. Il faut faire coller cette exigence à l'activité thérapeutique³⁸ : quand peut-on dire que l'insuffisance des renseignements fournis par le médecin a aggravé l'état du patient ?

La jurisprudence fait parfois porter au médecin le fardeau de tout préjudice résultant du traitement, même lorsque celui-ci a été effectué avec le soin requis³⁹. Mais cette solution est à la fois trop restrictive et trop généreuse. D'abord, elle est trop restrictive parce qu'elle ne tient pas compte du fondement de l'obligation du médecin. On a dit que cette obligation sanctionne le principe de l'inviolabilité de la personne⁴⁰. Dans le contexte médical, la violation de la personne survient dès le moment où l'intervention a lieu sans le consentement éclairé du patient. Cela signifie que théoriquement, même le patient dont l'état s'est amélioré à la suite de l'intervention du médecin peut soulever la faute de celui-ci s'il a été mal informé, et être indemnisé de son préjudice. Il s'agit d'un préjudice nominal, résultant de l'atteinte à un droit extrapatrimonial⁴¹.

37. Compte tenu du fondement de l'obligation du médecin, soit le principe de l'inviolabilité de la personne, il s'agit très certainement d'une obligation d'obtenir le consentement du patient.

38. L'obligation d'information est encore plus importante quand il s'agit d'activité non-thérapeutique. Voir *Weiss c. Salomon*, [1989] R.J.Q. 731 (C.S.), *Barette c. Lajoie*, *supra*, note 20, et *Blais c. Dion*, C.S. Montréal 500-05-008454-835 (J.E. 85-934).

39. *Weiss c. Salomon*, *supra*, note 38, *Normandin c. Crevier*, [1986] R.J.Q. 2495 (C.S.), *Dodds c. Schierz*, *supra*, note 30. Toutefois, dans cette dernière affaire, il nous semble qu'il s'agissait plutôt de la violation de l'obligation de soins : le médecin avait prescrit des anovulants alors qu'un tel produit était dangereux pour la victime.

40. Voir R.P. KOURI, « L'influence de la Cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois », (1984) 44 *R. du B.* 851. Le professeur Kouri suggère un fondement additionnel, soit celui découlant des principes généraux de formation des contrats. Le patient doit consentir en toute connaissance de cause, sinon le contrat est nul et cette nullité doit être constatée par le juge. Mais cette analyse ne favorise pas l'indemnisation de la victime : la remise en état est impossible, et la nullité du contrat ne peut être sanctionnée par des dommages-intérêts que lorsque la « réticence » du médecin est frauduleuse ou dolosive, ce qui est difficile à concevoir.

41. À notre avis, le patient dont l'état eut été plus sérieux en l'absence de l'intervention du médecin ne peut se plaindre de la réalisation de risques inhérents à cette intervention, sauf

Par ailleurs, cette solution jurisprudentielle est trop généreuse. Certes, au-delà de ce préjudice nominal, le défaut d'information est lié à la réalisation d'un risque inhérent à l'intervention. Mais peut-on dire que la faute du médecin a causé ce second préjudice ? En fait, cette faute n'a eu pour effet que d'exposer le patient à la possibilité de conséquences néfastes auxquelles celui-ci aurait préféré se soustraire, ou à l'inverse, l'a privé de la possibilité d'une amélioration de son état⁴². À moins d'adopter une conception très large du lien de causalité, il faut admettre que le préjudice qui résulte de la violation de l'obligation d'information n'est qu'une perte de chance, et l'évaluation de l'indemnité doit tenir compte de ce caractère du préjudice⁴³. La notion de consentement éclairé ne doit pas servir à faire porter par le médecin les conséquences des incertitudes de la médecine.

Les rapports entre ces incertitudes de la médecine et les concepts du droit civil mettent eux aussi en lumière la crise conceptuelle de la responsabilité médicale.

1.2.2. Les incertitudes de la médecine et celles du droit

On sait qu'en droit québécois, la victime peut établir la faute ou le lien de causalité au moyen de présomptions de fait. Ainsi, lorsqu'un événement anormal est survenu, et que l'explication la plus probable de cet événement est que le médecin a commis une faute qui a causé le dommage, le juge peut présumer l'existence d'une faute ou d'un lien de causalité sans qu'une preuve directe en soit faite⁴⁴.

Cette manière qu'ont les juristes d'effacer l'incertitude est étrangère à la médecine. Un auteur a déjà souligné que les professionnels de la santé ne pensent pas en termes binaires, et que la preuve de la faute médicale force les experts à se départir de leurs habitudes de pensée⁴⁵.

pour faire constater la violation de sa personne par des dommages-intérêts nominaux de ce type.

42. C'était le cas dans l'affaire *Laferrière c. Lawson*, *supra*, note 18, où le médecin n'avait pas informé la patiente du cancer qu'il avait diagnostiqué, la privant ainsi de la possibilité d'améliorer son état au moyen d'une thérapie dont les résultats étaient incertains.

43. C'est ce que suggère J.-L. BAUDOIN, « Vers l'amélioration d'un système basé sur la faute », (1987) 28 C. de D. 117, p. 120.

44. Il faut ajouter à cela que pour certains juges, le médecin a aussi l'obligation de rendre compte et de garder le dossier médical en ordre, de telle sorte que la preuve des circonstances sera possible. On a ainsi conclu que lorsque la négligence du médecin à cet égard empêche le demandeur de faire la preuve de la faute ou du lien de causalité, l'une ou l'autre pourra être présumée. Voir les commentaires du juge Beaugard, dans *Houde c. Coté*, *supra*, note 23, et *Gburek c. Cohen*, *supra*, note 18. Voir aussi *Comtois-Meconse c. Hooper*, C.S. Labelle 560-05-000057-838 (J.E. 87-1170).

45. Voir J.-L. BAUDOIN, *supra*, note 43, p. 123.

Mais il y a plus : la structure même des présomptions de fait s'accorde mal avec la genèse de certains accidents iatrogéniques. L'utilisation d'une présomption de fait présuppose en effet la survenance d'un événement qu'on qualifie d'anormal. Or plusieurs thérapies comportent des risques inhérents, c'est-à-dire des conséquences néfastes qui sont toujours possibles, donc normales. Si la probabilité qu'une telle conséquence tragique survienne est élevée, on ne peut pas parler d'événement anormal quand le malheur arrive⁴⁶. Mais l'appréciation des risques que comporte une thérapie fait-elle toujours abstraction des effets de la négligence et de l'erreur médicale ? Si au contraire le risque est très faible, présumer de la faute du médecin lorsqu'il se réalise, n'est-ce pas nier que la thérapie comporte en elle-même certains risques inhérents étrangers à la négligence ?

L'ambiguïté provient du fait que le droit et la médecine ne raisonnent pas à partir du même critère de normalité. La médecine définit la normalité à partir du grand nombre. Le préjudice causé par l'inattention fait souvent partie des statistiques, et est normalisé. Ce qui est normal (parce que prévisible) en médecine ne l'est pas nécessairement en droit. À l'inverse, le droit impute parfois à la faute ce qui ne peut être expliqué autrement, puisqu'il faut bien choisir une cause ; la médecine, elle, a appris à vivre avec le doute et l'incertitude. C'est cette différence épistémologique qui complique l'utilisation de présomptions de fait en matière de responsabilité médicale⁴⁷.

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

1.3. La réforme et la crise multiforme

Ainsi, il n'y a pas une crise de la responsabilité médicale, mais plutôt quelques crises, différentes les unes des autres. Cette conclusion n'est pas étonnante. Il est peu probable qu'on parvienne un jour à appréhender la réalité sociale de manière objective et dans l'absolu. La crise de la responsabilité médicale, qu'elle existe ou non, demeure une construction intellectuelle

46. Voir *Chaussé c. Desjardins*, *supra*, note 32. Normalement, s'il s'agit d'un risque élevé, il doit être divulgué au patient afin d'obtenir son consentement éclairé. La décision dans *Chaussé* montre pourtant qu'il est possible qu'un risque soit suffisamment élevé pour que la présomption de fait soit écartée, et pas assez élevé pour que le médecin ait à le divulguer dans l'exécution de son obligation de renseignements.

47. Sur les rapports entre la notion de risque inhérent à la thérapie et les présomptions de fait, voir *Bergeron-Bolduc c. Lemire*, *supra*, note 16, *Gouin-Perreault c. Villeneuve*, *supra*, note 16, *Houde c. Roberge*, *supra*, note 20.

variable, parce que l'analyse de la situation est inévitablement colorée par la perspective de l'analyste. Chacun décrit ce que ses yeux et ses préjugés lui permettent de voir.

Voilà qui embrouille la réflexion sur la réforme de la responsabilité médicale. En effet, la première prémisse de l'analyse réformiste, c'est qu'il est nécessaire et possible d'identifier d'abord le problème qu'il faut régler. Le réflexe naturel du juriste est de croire que s'il scrute la réalité sociale avec assez de soin, il peut parvenir à identifier les difficultés et à les surmonter en reconstruisant l'appareil juridique. Mais il y aura probablement toujours plusieurs façons de décrire cette réalité et donc plusieurs solutions possibles et contradictoires.

Ainsi, la réforme potentielle oscille entre l'abandon de la responsabilité civile dans sa forme actuelle et un « retour aux sources » c'est-à-dire un retour aux conceptions classiques de la faute, du lien causal, du lien de préposition, etc. La crise de la responsabilité médicale pourrait être réglée en freinant l'augmentation du contentieux, c'est-à-dire en rendant plus difficile l'accès à l'indemnisation, de telle sorte que l'angoisse assurantielle se résorberait. On pourrait par exemple légiférer des plafonds d'indemnités, raccourcir les délais de prescription, filtrer les demandes frivoles au moyen d'une médiation préalable obligatoire, etc. Mais à partir de prémisses différentes, la solution inverse serait tout à fait défendable : puisque les victimes sont souvent privées de recours aujourd'hui, on pourrait réformer la responsabilité médicale en favorisant une indemnisation plus généreuse, en infléchissant un peu la notion de faute, celle de causalité ou celle du préjudice.

C'est donc dire que dans une large mesure, la description du malaise reflète les solutions qu'on favorise. Les rapports entre la crise et sa description ne sont pas unilatéraux. Il s'agit plutôt de rapports dialectiques, l'une façonnant l'autre chacune à son tour.

En fait, qualifier la réalité de « critique », plutôt que de « changeante » ou « d'évolutive », c'est déjà prendre position. Affirmer que la crise n'existe pas, c'est déjà s'opposer à la réforme. Ainsi, au Québec, il n'y a pas de mouvement doctrinal, jurisprudentiel ou étatique favorisant le remplacement de la responsabilité civile traditionnelle par un régime de sécurité sociale pour les victimes d'accidents iatrogéniques. Le milieu juridique québécois préfère les réformes ponctuelles, qui devraient nous permettre d'éviter ce qu'on a vécu aux États-Unis. La solution québécoise est donc fondamentalement conservatrice, et s'appuie sur la constatation que la crise n'est pas très sérieuse ici. Mais cette explication unilatérale est incomplète : si la crise qu'on décrit au Québec n'est pas sérieuse, c'est aussi parce que la position des juristes québécois est conservatrice. Nous y reviendrons⁴⁸.

48. Voir le texte accompagnant les notes 63 à 69 (partie 2.3).

Bref, dans la mesure où la crise est en partie le produit de notre activité intellectuelle, la réflexion sur la réforme n'est pas aussi neutre qu'on le croit. Le réformisme dans son incarnation la plus courante présuppose une dissociation complète entre le sujet et l'objet, entre l'observateur et le phénomène. Sur le plan épistémologique, cette dissociation est peu probable. Cela ne signifie pas que le réformisme soit nécessairement voué à l'échec, mais plutôt qu'il est plein d'*a priori* qui ne sont pas souvent explicites.

2. La raison instrumentale et ses limites

Mais on nous dira qu'il faut vivre avec les limites de notre savoir. Après tout, il faut bien que le droit se rende utile. Et c'est ici qu'intervient la deuxième prémisse dont nous faisons état dans l'introduction. Comment doit-on régler la crise (les crises) de la responsabilité médicale? Quelles solutions choisir?

2.1. Le pouvoir réformateur du droit et les grandeurs de la raison instrumentale

Dans une perspective instrumentaliste, les solutions doivent être choisies en fonction de leur capacité de régler la crise. Le critère d'évaluation et de succès d'une réforme est lié aux raisons qui font qu'une situation est qualifiée de crise. Il faut donc déterminer ce critère de succès avant même de s'interroger sur la réforme, en expliquant pourquoi la responsabilité médicale est devenue problématique à nos yeux.

Pourquoi en effet se préoccupe-t-on même de la responsabilité médicale aujourd'hui? Une analyse très classique de la situation devrait pourtant nous amener à conclure qu'il n'y a rien d'incongru à ce que les médecins paient le prix de leurs erreurs, même si ce prix est très élevé. La même analyse devrait aussi souligner qu'il est tout à fait légitime que les victimes qui ne sont pas en mesure d'établir la faute du médecin ne reçoivent aucune indemnisation de ces derniers. La crise de l'assurance et la crise de l'indemnisation ne sont que les conséquences nécessaires des principes fondamentaux fixés par notre Code civil.

Pourtant la responsabilité médicale est devenue un sujet de préoccupation au Québec comme ailleurs, et cette réflexion n'est pas simplement la conséquence de l'apparition de nouveaux risques⁴⁹. L'un des phénomènes qui expliquent

49. La médecine a vécu plusieurs changements technologiques ces dernières années. Ceux-ci ont probablement pour effet de réduire le nombre de patients qui décèdent de leur maladie, mais ils augmentent les risques d'une erreur ayant des conséquences tragiques. Même si cette conclusion était exacte, elle n'expliquerait qu'en partie l'apparition d'une réflexion sur la

cette interrogation sur la responsabilité médicale, c'est l'éclatement, le morcellement de la justification de la responsabilité civile. Dans sa forme classique, la responsabilité civile vise à réparer le tort causé par l'activité répréhensible d'un individu. Si on la décompose, elle permet tout à la fois d'indemniser la victime, de punir le coupable et de prévenir la répétition de comportements du même type à l'avenir. À travers l'assurance-responsabilité, elle peut servir d'instrument de répartition du fardeau des dommages au sein du groupe de personnes qui se livrent à cette activité potentiellement dommageable ou qui en profitent. Chacun de ces effets de la responsabilité civile peut être converti en objectif, et envisagé séparément. Ainsi, on peut se demander si la responsabilité civile permet actuellement d'indemniser un nombre satisfaisant de victimes. On peut aussi se demander si la responsabilité civile produit une répartition et une prévention optimales des risques médicaux.

Dans une certaine mesure, c'est parce que la prestation de la responsabilité médicale est souvent évaluée dans cette perspective instrumentaliste qu'elle fait l'objet d'autant de critiques⁵⁰. Elle n'est pas le meilleur mécanisme d'indemnisation puisque plusieurs victimes sont laissées en plan. On peut probablement concevoir des mécanismes de répartition des risques qui sont moins coûteux et plus rapides. L'effet dissuasif de la responsabilité civile est difficile à mesurer et peut-être excessif⁵¹.

C'est dire que le critère d'évaluation des solutions au problème des accidents iatrogéniques a changé sous l'influence du pragmatisme juridique.

responsabilité médicale. F. EWALD, dans *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, montre que le facteur le plus important dans le bouleversement de la responsabilité civile au 20^e siècle n'est pas l'apparition de nouveaux risques (accidents industriels ou automobiles), mais un changement de rationalité politique. Voir aussi Y.-M. MORISSETTE, « Une épistémologie du droit : *L'État providence* de François Ewald », (1987) 28 C. de D. 407.

50. De ce point de vue, la responsabilité médicale est en crise parce qu'elle n'en fait pas assez, parce qu'elle est impuissante à réaliser tous les objectifs à la fois. Paradoxalement, on a souligné en France que cet instrumentalisme était la cause de la « crise du droit ». La multiplication des régimes particuliers, le morcellement du droit « l'ingénierie sociale » altèrent le génie du droit, qu'il réside dans sa stabilité. Sur cette question, voir F. TERRÉ, « la "crise de la loi" », (1980) *Archives de Philosophie du droit* 17, et le numéro spécial de la revue *Droits*, intitulé « Crises dans le droit », (1986) 4 *Droits* 3.
51. L'étude de D. DEWEES et al., *supra*, note 4, au chapitre 7, confirme l'hypothèse que la menace d'une poursuite en responsabilité a un impact non-négligeable sur le comportement des médecins au Canada. Cette menace justifie notamment le recours à plus d'examen et plus de tests, et réduit l'accès à certaines procédures particulièrement risquée (en obstétrique, par exemple). Mais la menace représentée par la responsabilité civile incite aussi les médecins à discuter de la thérapie plus ouvertement avec le patient. Bref, il s'agit d'un impact qui est à la fois positif et négatif. Mais les auteurs soulignent qu'il est très difficile de déterminer avec précision la part de responsabilité du droit dans les changements affectant la pratique médicale.

Ce qui compte maintenant, c'est l'efficacité⁵². Il faut étudier les institutions à partir de leur capacité à réaliser plusieurs objectifs indépendants et parfois contradictoires.

Dans ce contexte, la responsabilité civile classique n'est que l'une des façons d'assurer l'indemnisation des victimes, la répartition des risques et la prévention des accidents, parmi une multitude de solutions possibles. Ce n'est pas nécessairement la seule, ni la meilleure. La responsabilité civile n'a donc rien de sacré, et ne peut l'emporter par défaut. En toute logique, une analyse plus large serait nécessaire pour donner son plein effet à la raison instrumentale. Cette analyse devrait porter sur l'ensemble des solutions possibles au problème des accidents thérapeutiques, c'est-à-dire sur la responsabilité civile classique comme sur les institutions de remplacement, sans préjugé pour l'une ou pour l'autre. Or une telle réflexion, opérant à partir d'un critère essentiellement instrumentaliste, devrait logiquement nous amener à exclure la responsabilité civile du domaine des solutions.

En effet, il y a de bonnes raisons de croire que la responsabilité fondée sur la faute n'est pas la meilleure institution pour garantir la réalisation optimale des objectifs de compensation, de dissuasion et de répartition des risques. La responsabilité fondée sur la faute, ou même la responsabilité stricte, ont ceci de particulier qu'elles visent la réalisation simultanée de chacun de ces objectifs, à l'intérieur d'une seule institution. Mais l'un de ces objectifs peut difficilement s'accomplir entièrement à l'intérieur de cette institution sans du même coup compromettre la réalisation des autres. Ainsi, une interprétation très large du concept de faute, favorisant l'indemnisation d'un plus grand nombre de victimes d'accidents iatrogéniques, est susceptible de produire une multiplication des litiges et du même coup une dissuasion excessive et inefficace. À l'inverse, le concept de faute qui est le point d'ancrage de l'objectif de dissuasion a pour effet de restreindre de manière significative le nombre de victimes susceptibles d'être indemnisées.

Par définition, la responsabilité civile est un mécanisme d'indemnisation insatisfaisant puisqu'elle se limite aux cas où le dommage est la conséquence d'une faute, sans tenir compte du préjudice qui ne remplit pas cette condition. Elle est aussi un mécanisme de dissuasion et de prévention relativement insatisfaisant, puisqu'idéalement un tel mécanisme devrait embrasser l'ensemble des comportements dangereux sans attendre la réalisation d'un préjudice.

52. Voir S. RIALS, « Ouverture : Quelles crises ? Quel droit ? » (1986) 4 *Droit* 3, qui souligne à la p. 6 que :

Le droit n'existe plus comme instance spécifique dotée de fins propres : il a le statut subalterne d'une trousse de bricolage, d'une réserve « d'instruments » aptes à « légitimer » la poursuite de n'importe quelles fins — et conséquemment le rôle des juristes dans la société, tant dans le public que dans le privé, décline rapidement.

Dans cette perspective instrumentaliste, la faiblesse de la responsabilité civile se trouve donc dans cet effort de réalisation de différents objectifs à l'intérieur d'une seule institution, qui produit inévitablement un compromis insatisfaisant⁵³. Dans la mesure où toutes les fins de la responsabilité civile sont également légitimes et désirables, la recherche de mécanismes permettant de les accomplir toutes affaiblit la responsabilité civile elle-même. Plus la prévention des accidents thérapeutiques et l'indemnisation des victimes se séparent l'une de l'autre et acquièrent une certaine autonomie, plus la responsabilité civile apparaît comme un mécanisme inefficace. Des réformes ponctuelles produisent le même résultat, si elles ont pour objectif d'accentuer cette séparation des fins de la responsabilité civile⁵⁴. La logique qui les anime justifie le remplacement de la responsabilité médicale par deux institutions séparées et indépendantes, l'une assurant l'indemnisation des victimes et la répartition du risque médical, l'autre assurant la prévention des accidents iatrogéniques. Il n'est pas absolument essentiel que l'indemnisation provienne directement de l'auteur du préjudice.

Pourtant, ce n'est pas ce qui se produit au Québec, où la doctrine refuse une réforme en profondeur de la responsabilité médicale à moins d'une démonstration complète des effets qu'aurait l'établissement d'un régime d'indemnisation étatique dans ce domaine⁵⁵. Les juristes québécois demeurent

53. Voir F. TERRÉ, « Propos sur la responsabilité civile », (1977) *Archives de philosophie du droit* 37, à la p. 43, qui nous rappelle que :

Mieux vaut observer que l'on ne peut plus utiliser une même technique à l'effet, tout à la fois, de mettre en œuvre les effets attachés à la « responsabilité » et de satisfaire aux nécessités de la « réparation ».

Voir aussi M. TREBILCOCK, « The social insurance — deterrence dilemma of modern North American tort law: A Canadian perspective on the liability insurance crisis », (1987) 24 *San Diego L.R.* 929.

54. Il faut distinguer ici différentes possibilités de réformes ponctuelles selon qu'elles accentuent ou non l'éclatement des justifications de la responsabilité civile. Dans le premier groupe, il faut placer l'infléchissement de la notion de faute ou l'établissement d'un régime de responsabilité objective, qui sont fondés sur des considérations indemnitaires. Il faut aussi inclure le plafonnement des indemnités et les autres obstacles au recours en responsabilité, qui visent l'optimisation de la dissuasion. Mais d'autres mesures ne favorisent pas cet éclatement, en particulier celles qui favorisent une meilleure utilisation des ressources existant actuellement, comme la possibilité d'une indemnisation sous forme de rente indexée, l'utilisation plus fréquente d'experts nommés par le tribunal, etc.

55. J.-L. BAUDOIN, *supra*, note 1 et *supra*, note 43; Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec présenté au comité fédéral-provincial-territorial sur les problèmes de la responsabilité et de l'indemnisation dans le secteur des soins de santé*, Montréal, Service de recherche et de législation du Barreau du Québec, 1988. À la page 2 de ce dernier mémoire, on trouve les commentaires suivants :

Que l'on veuille améliorer le système semble certainement louable et possible. Qu'on veuille remplacer le système en expérimentant « tout de go » nous semble périlleux et précipité faute d'identifier, « sur des bases réelles » l'état de la situation et les sources d'insatisfaction en ce domaine.

très attachés à la responsabilité civile dans sa forme traditionnelle, et se disent que si le système actuel fonctionne assez bien, il n'y a pas de raison de changer pour quelque chose qui ne fonctionnera pas nécessairement mieux.

Voilà qui est paradoxal. Comment expliquer cette attitude prudente, qui tranche avec l'ouverture et l'optimisme de la raison instrumentale ?

2.2. Vicissitudes de la raison instrumentale

L'une des explications possibles se trouve dans les faiblesses de la raison instrumentale elle-même.

Il ne faut pas exagérer le pouvoir réformateur du droit, et l'institution d'un régime d'indemnisation étatique en matière médicale n'est pas une solution miracle à la crise (ou aux crises). La socialisation du risque médical a des faiblesses dont certaines sont de même nature que celles avec lesquelles nous vivons actuellement. Bien sûr, on n'a encore rien dit de la forme que prendrait une telle institution de remplacement. Son élaboration dépasse les cadres de ce texte et les possibilités sont multiples⁵⁶. Mais il est tout de même possible de faire quelques observations préliminaires, qui montrent la pérennité de certains problèmes.

Pensons par exemple à l'identification de la cause du préjudice subi par la victime, qui est l'une des questions les plus épineuses de la responsabilité médicale dans sa forme actuelle. Le juge doit distinguer ce qui est le produit de la faute du médecin de ce qui n'est que la conséquence naturelle des incertitudes de la médecine, ou de l'état de la victime avant l'intervention de celle-ci. La détermination de l'éligibilité à une compensation dans le cadre d'un régime étatique pose un problème du même ordre. À moins d'abolir le régime de droit commun dans son ensemble, il faut délimiter le domaine d'application du régime spécial, ce qui signifie qu'il faut définir la notion d'accident thérapeutique. L'application d'un tel concept à la multitude de circonstances factuelles susceptibles de se produire soulève des questions

Le comité du Barreau croit en effet qu'il ne saurait être question de créer un régime exceptionnel de responsabilité pour les professionnels de la santé sans que la répercussion directe en soit un climat de désordre total qu'il ne saurait cautionner.

56. Ainsi, on peut songer à un régime accordant des bénéfices supplémentaires aux victimes sans limiter leur recours de droit commun ; ou à un régime d'indemnisation étatique sans égard à la faute, avec un recours de droit commun complémentaire à partir d'un certain niveau de préjudice ; ou à un régime d'indemnisation étatique excluant tout recours de droit commun ; ou à l'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques au moyen d'un programme de sécurité sociale ou de revenu minimum garanti.

similaires à celle de l'identification de la cause du préjudice dans le régime actuel⁵⁷. Chassez la faute et elle revient au galop⁵⁸.

Par ailleurs, il faut bien dire que si la responsabilité civile est un compromis insatisfaisant du point de vue fonctionnel, l'institution d'un régime étatique en matière médicale est elle-même un compromis d'un autre ordre. À première vue, l'un des avantages d'un tel régime est qu'il permet de réaliser séparément les objectifs de prévention et d'indemnisation des victimes. Mais comme l'a déjà souligné un auteur, cette séparation ne peut pas se faire de manière absolue. La fixation des contributions à un régime d'assurance médicale et du niveau des indemnités en cas de sinistre a probablement un impact sur le comportement des intervenants, y compris celui des patients⁵⁹. Le processus d'indemnisation n'est jamais tout à fait indépendant des considérations de prévention⁶⁰.

Le pouvoir réformateur du droit est donc limité, dans la mesure où il est difficile de colmater toutes les brèches à la fois. Par ailleurs, la raison instrumentale a une autre importante faiblesse, qui résulte de notre ignorance relative des rapports entre les changements juridiques et les changements sociaux. L'hypothèse de départ du réformisme instrumentaliste est que le droit a un effet assez immédiat sur les problèmes auxquels nous sommes confrontés. Mais le droit n'est que l'un des éléments de la problématique, et à cet égard la raison instrumentale est à la fois trop ambitieuse et trop optimiste.

La raison instrumentale est un peu trop ambitieuse, d'abord, parce qu'elle ne tient pas suffisamment compte des difficultés empiriques et épistémologiques qui lui sont inhérentes. On a vu que la description objective et détachée de la crise de la responsabilité médicale est elle-même une entreprise pénible. Mais il est encore plus ardu de choisir les moyens pour remédier à la

57. La mise en œuvre d'un processus disciplinaire remplissant les fonctions de prévention et de dissuasion requiert aussi parfois la détermination de la cause d'un accident thérapeutique : le médecin a-t-il commis une faute qu'il faut sanctionner ?

58. Voir par exemple la façon dont le professeur A. Tunc résume le critère d'éligibilité pour le régime d'indemnisation suédois, lequel s'approche dangereusement de la notion de faute. A. TUNC, « Vers un système fondé sur l'assurance du risque », (1987) 28 *C. de D.* 125, p. 134.

59. Le professeur M. Trebilcock souligne en effet que la structure même des régimes étatiques d'indemnisation doit tenir compte de l'effet qu'ils ont sur le comportement des victimes et des auteurs du dommage. Le niveau des primes, le niveau d'indemnisation, le maintien d'un recours de droit complémentaire, etc. doivent être envisagés en fonction des considérations de dissuasion qui en découlent. Voir M. TREBILCOCK, « Incentive issues in the design of "no-fault" compensation systems », (1989) 39 *U.T.L.J.* 19.

60. Il faut bien sûr ajouter à ceci que l'adoption d'un régime d'indemnisation collectif signifie probablement l'abandon du principe de réparation intégrale pour ce qui est des accidents iatrogéniques.

crise, parce que les changements sociaux sont le produit de forces très diverses, dont plusieurs sont entièrement étrangères au droit. La prestation de soins de santé obéit à des règles produites par différents ordres normatifs qui ne sont pas tous juridiques au sens classique du terme. Avant de faire un choix entre les multiples possibilités de réforme, il faut pouvoir isoler le droit de ces autres facteurs pour en connaître l'impact. Ce n'est pas chose facile⁶¹.

Pour la même raison, la raison instrumentale est trop optimiste. Puisque l'action du droit sur le tissu social demeure énigmatique, il est difficile de savoir si l'effet obtenu suite à une réforme du droit est bien l'effet qu'on voulait produire au départ. Il est même parfois impossible de déterminer si une réforme donnée a produit quelque effet que ce soit. Quand on peut identifier ses conséquences, elles sont souvent inattendues⁶².

C'est dire que le réformiste avance souvent dans le noir, ou à tout le moins dans la pénombre. Il n'est pas tout à fait impuissant, mais il se doit d'être humble.

2.3. Les choix fondamentaux

Mais la complexité de l'activité de réforme du droit n'explique pas entièrement la position conservatrice adoptée par les juristes québécois. Certes, il ne faut pas surestimer le pouvoir réformateur du droit, mais cette constatation ne justifie pas le préjugé favorable dont bénéficie le *statu quo*.

À notre avis, cette prudence est dans une large mesure la conséquence de choix plus fondamentaux. Il n'y a pas que la description de la crise qui soit colorée par la perspective de l'observateur. De la même manière, l'orientation de la réforme dépend moins de la nature du problème à régler que de la rationalité politique à l'intérieur de laquelle la réflexion se déroule. Si la réforme en profondeur de la responsabilité médicale n'a pas beaucoup d'adeptes au Québec, c'est surtout parce que la rationalité politique qui domine le discours juridique en matière de responsabilité civile est fondamentalement libérale.

En schématisant grossièrement, il n'y a finalement que deux façons d'envisager les droits et devoirs qui résultent d'un événement dommageable. La première, qu'on associe toujours au droit privé, est l'idée de responsabilité

61. On a effectué plusieurs études empiriques sur cette question aux États-Unis, avec des résultats peu concluants et parfois contradictoires quant aux effets de certaines réformes. Pour un résumé de ces études, voir D. DEWEES et al., *supra*, note 4, chapitre 3.

62. On songe en particulier à l'étude de Marc Gaudry sur les résultats étonnants produits par la réforme du droit des accidents de la route. Voir par exemple M. GAUDRY, *Responsibility for accidents: relevant results selected from the DRAG model*, Centre de recherche sur les transports, Université de Montréal, 1987.

individuelle. Toute faute qui cause un préjudice oblige à réparation, mais à l'inverse nul ne peut être tenu de partager l'infortune d'autrui si elle ne résulte pas de sa faute. Le rapport entre l'acteur fautif et sa victime est privé et ne concerne qu'eux.

La notion de solidarité, d'assurance, se trouve à l'opposé de celle de responsabilité, et les juristes l'associent au droit public. De ce point de vue, l'événement dommageable n'est plus strictement le produit d'une volonté mal dirigée (la faute), mais plutôt la conséquence inévitable de l'activité sociale, dont tous doivent faire les frais. Le préjudice ne génère plus un rapport entre celui qui le cause et celui qui le subit, mais plutôt un rapport entre la victime et la collectivité. On ne parle plus d'imputation, mais de répartition équitable de l'indemnisation.

Bien sûr, cette dichotomie est trop simpliste⁶³. La notion de solidarité a pénétré le droit privé, et le principe de responsabilité n'est pas tout à fait absent des régimes d'indemnisation étatiques. Mais à tout moment l'une ou l'autre de ces façons d'envisager le préjudice domine le discours juridique. L'un ou l'autre de ces diagrammes est donc le point de départ de la réflexion et en constitue le cadre épistémologique. Au Québec, c'est le diagramme libéral qui prévaut : la responsabilité individuelle demeure la pierre angulaire de notre droit des accidents.

Certes, on est parfois gêné des conséquences du principe de responsabilité fondée sur la faute. De la « découverte » de l'article 1054(1) C.C.B.C. à l'adoption de la *Loi sur l'assurance-automobile*⁶⁴, l'État-providence a fait un peu de chemin. Mais les régimes particuliers qu'on a créés n'ont jamais menacé la structure conceptuelle de la responsabilité civile, puisqu'ils sont en dehors de celle-ci, exceptionnels et marginaux⁶⁵. On ne les conçoit pas comme des modèles alternatifs de résolution du problème des accidents, mais comme des accommodements de politique sociale devenus opportuns à un moment ou à un autre⁶⁶. On conserve l'homogénéité de la responsabilité

63. Voir F. TERRÉ, « Propos sur la responsabilité civile », (1977) *Archives de philosophie du droit* 37.

64. *Loi sur l'assurance-automobile*, *supra*, note 13.

65. Le droit québécois compte quelques régimes d'indemnisation étatique. Les plus importants sont ceux prévus par la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q. c. A-3.001, et la *Loi sur l'assurance-automobile*, *supra*, note 13. Voir aussi la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels* L.R.Q. c. I-6, la *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q. c. P-35 (préjudices résultant de programmes d'immunisation) et la *Loi visant à favoriser les actes de civisme*, L.R.Q. c. C-20.

66. Mais l'apparition de ces régimes spéciaux contribue à maintenir ce que Jean Carbonnier a appelé l'anxiété juridique. Celle-ci résulte de l'instabilité des règles de droit et des changements idéologiques qui marquent le vingtième siècle. Le juriste inquiet se demande si on cessera un jour de pousser la responsabilité civile sur la pente de la socialisation des risques. Sur les

civile en faisant l'excision des parties qui reflètent des choix idéologiques fondamentalement différents. Le domaine de la responsabilité rétrécit, mais son fondement (la faute) est intact. Cela reste vrai malgré la tension entre la forme individualiste des concepts de la responsabilité civile et le rôle qu'on leur fait jouer⁶⁷.

Ainsi, le régime de responsabilité civile classique bénéficie d'un préjugé favorable parce qu'il exprime la conception de l'ordre social qui domine notre discours de juristes.

Cet atavisme signifie que le fardeau de démontrer la nécessité d'une réforme en profondeur pèse sur celui qui appelle cette réforme. C'est un lourd fardeau. D'abord parce que si les institutions qui s'écartent du régime classique sont exceptionnelles, on est plus enclin à favoriser les ajustements mineurs et les réformes ponctuelles. Mais surtout parce que le préjugé favorable dont bénéficie la responsabilité civile détermine aussi la manière dont on décrit la réalité. La réforme en profondeur n'est justifiable que si la crise est sérieuse. Mais en matière médicale, cette crise ne sera pas qualifiée de sérieuse tant que la faute et sa sanction occuperont une place aussi importante dans notre imagerie juridique.

Cela dit, il faut tout de même expliquer en quoi les accidents thérapeutiques diffèrent des accidents du travail ou de la route. Pourquoi les juristes québécois refusent-ils d'envisager l'accident thérapeutique comme un risque social ? L'une des explications possibles, c'est que cette conception individualiste des rapports sociaux, qui est omniprésente, comporte aussi une certaine image de la médecine. Miroir des institutions juridiques, le rapport entre le patient et son médecin est privé, particulier et personnel. C'est le modèle de la relation bilatérale, fondée sur la confiance. Cette façon d'envisager la réalité nous empêche de voir que les accidents thérapeutiques se produisent dans un cadre public : au Québec, c'est l'État qui a la responsabilité initiale de la prestation des soins de santé. Paradoxalement, on accepte au Québec de partager le coût des soins de santé, mais on refuse d'en faire autant pour les préjudices qui en sont la conséquence. Ainsi, la conception privatiste de la

causes de cette anxiété, voir J. CARBONNIER, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine » dans *Flexible droit*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1983, p. 153.

67. La faute, même si elle est toujours présente, ne joue plus le rôle qui lui était destiné dans le diagramme libéral. Elle n'est plus le principe de régulation, mais un instrument de réalisation des objectifs externes qu'on fixe pour la responsabilité civile. Pour une discussion des changements de la fonction sociale de certaines institutions fondamentales du droit privé, qui n'affectent pas la représentation juridique de ces institutions, voir K. RENNER, *The Institutions of Private Law and their Social Functions*, introduction de O. Kahn-Freund, London, Routledge & K. Paul Limited, 1949.

médecine nous prive d'une justification convaincante pour la socialisation du risque médical⁶⁸.

Cette image d'une relation privée et personnelle entre le médecin et le patient, ajoutée à la toute-puissance du savoir médical, nous empêchent aussi d'analyser le phénomène des accidents iatrogéniques sur une grande échelle et d'y reconnaître une part d'inévitable, comme on l'a fait pour les accidents de la route et pour les lésions professionnelles⁶⁹. On n'envisage pas les accidents thérapeutiques dans leur ensemble et de manière globale, mais plutôt comme des événements isolés, qui ne s'expliquent que par la faute. Il n'y a pas dans l'accident thérapeutique cette intervention de la machine, à laquelle on impute la répétition de nos malheurs. Il n'y a que l'être humain, faillible et défaillant.

Ainsi, avant même que la réflexion sur la réforme ne commence, le cadre idéologique en détermine les frontières. Il décide de la façon dont les questions seront posées et fixe dès le départ le domaine des réponses possibles. La socialisation du risque médical au Québec ne viendra pas des juristes, dont la formation et la culture privatistes s'opposent à l'érosion du principe de responsabilité.

Conclusion

L'apparition d'une réflexion sur la réforme de la responsabilité médicale est l'indice d'un changement du critère d'évaluation des institutions. Ce critère est instrumentaliste : il faut indemniser le plus de victimes possible, à un coût social raisonnable et sans trop menacer les débiteurs de l'obligation de soins. La responsabilité civile ne peut en faire tant et pourtant personne ne veut s'en départir. Comment expliquer ces hésitations devant la réforme ?

Il y a d'abord deux explications simples, qui doivent toutes deux être rejetées. La première consiste à mettre en lumière l'incertitude qui caractérise les rapports entre le droit et la société. Dans cette perspective, on pourrait croire que les juristes québécois ne veulent pas d'une réforme en profondeur parce qu'ils connaissent les limites de leur art et préfèrent ne rien faire plutôt que de se lancer dans une réforme dont les conséquences sont imprévisibles.

68. Il ne s'agirait pas simplement de faire porter par l'État les dommages causés par l'activité de ses agents dans une perspective individualiste, mais plutôt de reproduire à l'intérieur du régime d'indemnisation le caractère public de la prestation des soins de santé.

69. F. Terré parle dans ce cas de dommages anonymes qui sont :

Trop inhérents aux choses pour être rattachés aux fureurs du sort ou au choix du destin, pas assez liés aux hommes pour être le signe d'une nature sinon pécheresse, du moins faillible...

Voir F. TERRÉ, *supra*, note 63, p. 40.

Mais cette explication est contredite par les termes mêmes du débat sur la responsabilité médicale qui, nous l'avons suggéré, est résolument pragmatique et instrumentaliste. Ainsi, l'attachement à l'endroit de la responsabilité civile classique coexiste de manière paradoxale avec un instrumentalisme qui devrait en annoncer la fin.

La seconde explication consiste à affirmer que ce paradoxe n'est qu'apparent. Une réforme en profondeur n'est pas nécessaire, puisque la responsabilité médicale n'est pas en crise. Mais cette explication est insuffisante, et doit être rejetée elle aussi. Il faut admettre en effet que contrairement à ce que le sens commun nous dicte, la nature et la gravité de la crise ne déterminent pas seules l'orientation de la réforme. Il n'y a de crise que si on qualifie la situation de critique, et cette qualification dépend dans une large mesure de l'importance symbolique des institutions existantes.

C'est donc dans le cadre de réflexion lui-même qu'il faut rechercher les raisons de la réticence des juristes québécois à l'endroit d'un régime d'assurance sociale en matière d'accidents thérapeutiques. Bien sûr, il est utile d'en savoir plus long sur la situation vécue par les patients et les médecins, et sur l'efficacité des solutions qui sont à notre portée. Mais avant de passer de la responsabilité individuelle à la solidarité dans ce domaine, il faudra changer de cadre épistémologique. Bien plus que l'analyse empirique ou l'instrumentalisme, c'est ce cadre qui détermine les solutions.