

**LE PHÉNOMÈNE D'ÉMERGENCE DE LA NORMATIVITÉ  
DANS LE DOMAINE DE LA TÉLÉMÉDECINE:  
DU PLURALISME JURIDIQUE AU CONSTRUCTIVISME**

Geneviève Tremblay\*

*La globalisation de certaines activités s'explique, notamment, par leur caractère délocalisé ou dématérialisé. C'est particulièrement le cas de la télé-médecine, soit la pratique d'un acte médical par un professionnel de la santé dans un environnement électronique qui implique la délocalisation et la dématérialisation de cette activité médicale. Cela signifie que la télé-médecine se déroule à la fois ici et ailleurs. Lorsqu'une activité se déploie à l'intérieur des frontières d'un seul pays, il est généralement possible d'identifier les lois qui régulent la pratique de cette activité, ainsi que l'autorité habilitée à les édicter. Nos réflexes de juriste nous incitent naturellement à associer le phénomène juridique à l'État. La télé-médecine tend cependant à se développer en marge des champs nationaux et internationaux où l'idée de nations est centrale. Les États n'étant plus des acteurs privilégiés, qu'arrivent-il alors du droit ? Il semble opportun ici d'abandonner le paradigme moniste, en vertu duquel le droit n'existe qu'en tant qu'expression de la volonté étatique, au profit d'une approche qui puisse rendre compte de cette nouvelle réalité. Ce texte qui se veut une brève introduction à la problématique de l'émergence de la normativité dans le domaine de la télé-médecine aborde par conséquent la question sous l'angle du pluralisme juridique, puis de constructivisme afin de mieux témoigner des multiples visages du droit et de l'hétérogénéité de son expression.*

*The globalization of certain spheres of activity can be explained especially by their delocalized and dematerialized nature. This is particularly true of telemedicine, namely the practice of a medical procedure by medical staff in an electronic environment implying a delocalization and dematerialization of the medical activity. This means that telemedicine is carried out simultaneously here and elsewhere. Where an activity takes place within the borders of a single country, it is generally possible to identify which specific laws govern as well as the authority empowered to rule. Our natural impulse as lawyers is to associate a legal phenomenon with a given state. Telemedicine, however, tends to evolve outside the national and international realms, where the concept of a nation is central. As states are no longer the main actors, what happens to the law? It seems relevant to move away from the monistic paradigm, according to which law is basically the expression of the will of the state, and towards a new approach based on a new reality. This article provides a brief introduction to the problematic of the emergence of normativeness in the field of telemedicine. The issue is examined from the perspective of legal pluralism as well as constructivism in order to better reflect the many facets of the law and its heterogenous application.*

---

\* Geneviève Tremblay, LL.B (Université Laval, Québec), LL.M (Université Laval, Québec), complète actuellement des études de doctorat (Ph.D) en cotutelle de thèse entre l'Université de Montréal et l'École doctorale de droit privé de Paris II Panthéon-Assas. Elle a été admise au Barreau du Québec en 1996. La version originale de ce texte a été rédigée dans le cadre du séminaire de doctorat de la Faculté de droit de l'Université de Montréal au printemps 1999. L'auteur aimerait remercier les professeurs Andrée Lajoie, Jacques Frémont et Patrick A Molinari pour leurs judicieux commentaires.

## TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION .....	157
II. TÉLÉMÉDECINE ET PLURALISME JURIDIQUE .....	160
A. <i>La pluralité des ordres normatifs et le concept de communauté d'intérêts</i> .....	161
B. <i>Le dialogue : du national à l'international vers le transnational et le global</i> .....	164
III. LE PHÉNOMÈNE D'ÉMERGENCE DE LA NORMATIVITÉ : PLURALITÉ, UNITÉ OU UNIFORMITÉ .....	167
A. <i>La pluralité des sources normatives dans le domaine de la technologie</i> .....	167
B. <i>Du pluralisme juridique à la globalisation du droit</i> .....	170
IV. TÉLÉMÉDECINE ET CONSTRUCTIVISME .....	172
A. <i>L'ordre spontané, l'ordre imposé et le laisser-innover</i> .....	173
B. <i>Vers une construction ou une reconstruction du droit télé-médical</i> .....	175
V. CONCLUSION .....	177

## I. INTRODUCTION

Pour le droit, la perte des repères qui servent à appréhender les phénomènes sociaux et les conflits pouvant résulter de la pratique d'une activité oblige généralement à repenser les fondements sur lesquels reposent le cadre juridique ou les normes qui régissent cette dernière. Prenons, par exemple, l'exercice de la médecine que la *Loi médicale* définit comme « tout acte qui a pour objet de diagnostiquer ou de traiter toute déficience de la santé d'un être humain »<sup>1</sup>. Ajoutons à cette première définition celle d'environnement réseau ou d'environnement électronique, c'est-à-dire « la résultante continuellement provisoire des interconnexions qui existent entre les ordinateurs raccordés selon des protocoles compatibles »<sup>2</sup>, nous obtenons dès lors un concept différent, soit celui de télémedecine.

Le mot télémedecine vient du latin *télé* qui signifie « à distance » et de *medecina* qui veut dire « médecine ». La télémedecine est donc l'exercice de la médecine ou d'une activité médicale à distance ou encore, la pratique d'un acte médical par un professionnel de la santé dans un environnement électronique, qui implique la délocalisation et la dématérialisation de cette activité médicale<sup>3</sup>. Il faut bien comprendre que la télémedecine n'est pas une spécialité médicale en tant que telle. Elle est une pratique ayant pour objet l'amélioration de la qualité des soins. La télémedecine est le fruit d'une association entre médecine, informatique et télécommunication. Même si elle demeure avant tout de la médecine, soit « tout acte qui a pour objet de diagnostiquer ou de traiter toute déficience de la santé d'un être humain »<sup>4</sup>, la télémedecine tend cependant à se dissocier du champ médical « traditionnel ». L'on voit, en effet, apparaître des spécialistes ou des professionnels de la télémedecine et l'on parle de la pratique télémedicale et de ses enjeux spécifiques. L'on insiste, de surcroît, sur le fait que les questions que soulève l'exercice de la télémedecine lui sont propres et qu'elles méritent une réflexion particulière.

---

<sup>1</sup> *Loi médicale*, L.R.Q. c. M-9, art. 31 [ci-après *Loi médicale*].

<sup>2</sup> P. Trudel, *Droit du cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997 à la p. Intr-4.

<sup>3</sup> Selon certains, la télémedecine aurait pour objet l'échange et la gestion de l'information médicale, à des fins éducatives ou thérapeutiques, par l'entremise de technologies de la communication. Nous préférons réserver l'emploi du terme « télémedecine » aux applications directement associées à la production de soins (téléconsultation, télédiagnostique, téléexpertise, téléchirurgie, etc.). L'expression « télématique de santé », qui englobe la télémedecine, nous semble plus désignée lorsque l'on souhaite référer à l'ensemble des activités liées à la communication, au partage et à la gestion de l'information médicale par le biais de l'informatique et des télécommunications (nous pourrions ajouter la télésurveillance, la téléformation et les différents systèmes d'information médicale à l'ensemble des applications énumérées précédemment). Voir Industrie Canada, *Telehealth Industry, Overview and Prospects* (Ottawa, 1998), en ligne : <<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/hs01321e.html>> (dernière modification : 22 janvier 2001) ; Ministère de l'emploi et de la solidarité, Direction des Hôpitaux, *Typologie de la télémedecine en France*, France, mai 1998 ; Organisation Mondiale de la Santé, Communiqué OMS/98, « *Télématique sanitaire et télémedecine font leur entrée dans la stratégie de la santé pour tous* » (23 décembre 1997) en ligne : <<http://www.who.int/archives/inf-pr-1997/fr/cp97-98.htm>> (dernière modification : 29 janvier 2001).

<sup>4</sup> *Loi médicale*, *supra* note 1.

Comment se définit la pratique télé médicale ? Devons-nous inclure dans cette définition l'ensemble des activités médicales à distance indépendamment du fait qu'il y ait quelques mètres ou, au contraire, des milliers de kilomètres qui séparent le professionnel de la santé du patient ? Une consultation téléphonique à caractère médical constitue-t-elle de la télé médecine ? L'on s'aperçoit très vite qu'il devient extrêmement complexe de circonscrire la notion de télé médecine de cette façon. Afin de ne pas se buter à l'obstacle que représente la définition technique de la télé médecine, il s'avère préférable d'aborder le concept de télé médecine sous un angle différent. C'est, en réalité, la délocalisation ou la dématérialisation de l'acte télé médical qui doit retenir notre attention. Ce que nous devons garder à l'esprit est que la télé médecine se déroule, à la fois ici et ailleurs.

En raison de son caractère délocalisé et dématérialisé, la télé médecine fait partie de ce type d'activité qui peut se passer des États-nations et, par conséquent, de leurs lois. Il s'agit en effet d'un de ces cas où « [l]es frontières s'avèrent impuissantes à endiguer des flux transnationaux d'informations, de services, de marchandises, de capitaux et de personnes »<sup>5</sup>. Les États-nations n'étant plus des acteurs privilégiés, qu'arrive-t-il alors du droit ? L'émergence de la normativité dans le domaine de la télé médecine devient le prétexte qui nous permet de s'interroger sur le droit et sur le rapport qu'il entretient avec le phénomène de globalisation. Le concept de la globalisation<sup>6</sup> exprime une idée distincte de celle de l'« internationalisation » ou de celle de la « transnationalisation ». Comme le souligne André-Jean Arnaud :

On est donc là en présence de deux théories, celle selon laquelle la « mondialisation [est] le stade ultime de l'internationalisation » (P. GAUCHON, *loc. cit.*), et celle selon laquelle il y a rupture de l'une à l'autre, l'internationalisation continuant sa course en certains domaines où les États-nations demeurent les acteurs privilégiés, et la globalisation manifestant l'entrée du monde dans une phase complètement nouvelle et comportant encore de nombreuses inconnues, l'État-nation n'étant plus réellement en mesure de jouer le rôle qui lui était dévolu jusque là sur le contrôle des échanges mondiaux<sup>7</sup>.

À ce sujet, l'auteur poursuit plus loin :

Le mot « internationalisation » serait d'ailleurs un terme plus familier aux juristes que « globalisation » ou même « mondialisation ». Toutefois, lorsqu'on dit que les échanges sont, aujourd'hui « internationalisés », l'expression fait référence à tout un réseau de notions dont le centre est l'idée de « nations ». « Inter-nation-al » suppose l'existence de rapports nécessaires

<sup>5</sup> A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État* vol. 20, coll. Droit et sociétés, Paris, LGDJ, 1998 à la p. 33. [ci-après *Entre modernité et mondialisation*]

<sup>6</sup> Au sujet du concept de globalisation voir également A.J. Arnaud, « Gouvernants sans frontières » dans *Critique de la raison juridique*, 1:2, Paris, LGDJ, 1998; The Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*, New York, Oxford University Press, 1995; B. De Sousa Santos, « State Law and Community in the World System: An Introduction » (1992) 1 *Social and Legal Studies* 131; M. McLuhan et Q. Fiore, *Guerre et paix dans le village planétaire*, Paris, Éditions Robert Laffont, 1970.

<sup>7</sup> *Entre modernité et mondialisation*, supra note 5 à la p. 22.

entre nations – ce que défie, précisément, la globalisation. « International » n'est pas « global »<sup>8</sup>.

Le terme « globalisation » permet ainsi de référer à une réalité différente<sup>9</sup>. Le phénomène de la globalisation « renvoie à un processus social, économique, culturel et démographique qui s'installe au cœur des nations et les transcende à la fois »<sup>10</sup>. La globalisation, la transnationalisation et l'internationalisation sont tous des « jeux » différents. Ils se fondent sur des règles distinctes et ne peuvent être analysés de la même façon. Alors que l'internationalisation et la transnationalisation (internationale : entre les nations ; transnationale : à travers elles) dépendent, principalement, du rôle que jouent les États dans la diffusion et la gestion de certains secteurs d'activité, cette même idée d'« État-nation souverain » n'est pas une référence nécessaire en matière de globalisation. Certes, l'État n'est pas exclu du « jeu », mais il n'est toutefois qu'un joueur parmi tant d'autres. La globalisation témoigne donc de l'aptitude de certaines activités à s'affranchir des frontières. C'est, par conséquent, l'atteinte à la souveraineté étatique qui nous intéresse particulièrement dans le concept de globalisation en raison de ses conséquences sur la définition même du droit<sup>11</sup>.

D'après la définition du *Petit Larousse*, la globalisation réfère également à l'action de globaliser. Globaliser signifie « [r]éunir en un tout [...] des éléments dispersés »<sup>12</sup>. Selon cette définition, la globalisation requiert donc une situation initiale de dispersion. L'accent est mis sur le passage d'un état à un autre. Par exemple, si l'on parle de la globalisation du droit dans le domaine de la télémédecine, l'on suppose alors que les éléments de ce droit existent à l'origine. La globalisation ne consisterait qu'à réunir ces morceaux de droit en un tout. Ce qui signifie, en d'autres termes, que le champ de la télémédecine est déjà, en bonne partie du moins, structuré par ces divers « morceaux de droit ». La globalisation de celui-ci réfère, par conséquent, à la structuration du champ de l'activité télé médicale sur la base des construits précédents (ou d'éléments dispersés).

La dématérialisation et la délocalisation de l'acte télé médical posent donc le problème suivant : comment le droit traduit-il le phénomène de globalisation d'une activité, telle la télémédecine, lorsque les États-nations ne sont plus des acteurs privilégiés et que ni les frontières, ni même la souveraineté étatique, que celle-ci s'exprime en termes nationaux ou internationaux<sup>13</sup>, ne peuvent endiguer ce flux ? Il

<sup>8</sup> *Ibid.* aux pp. 24 et 25.

<sup>9</sup> Voir à ce sujet les commentaires de André-Jean Arnaud, *Ibid.* à la p. 26 : « Si l'on voulait se référer à la réalité de la nation dans ce processus d'échanges, il conviendrait plutôt de parler de « transnationalisation », au sens où certains flux passent d'une nation à l'autre sans que les échanges relèvent – ou sans qu'ils relèvent exactement – du droit national ni du droit international ».

<sup>10</sup> *Ibid.* à la p. 31.

<sup>11</sup> Comme le souligne Arnaud, *Ibid.* à la p. 32 : « La globalisation menace de remettre en question d'une manière assez radicale la régulation juridique de type classique. Cette dernière était, jusqu'ici l'apanage des États souverains, que ce soit dans les limites de leur territoire ou dans des liens qu'ils entretiennent avec d'autres nations ».

<sup>12</sup> *Le Petit Larousse illustré*, 1999, s.v. « globaliser ».

<sup>13</sup> En effet, comme nous l'avons souligné précédemment, parler d'internationalisation ou de droit international implique nécessairement une référence au concept d'État, plus particulièrement, aux relations entre les États. Voir à ce sujet les commentaires d'André-Jean

semble opportun ici d'abandonner le paradigme moniste, en vertu duquel le droit n'existe qu'en tant qu'expression de la volonté étatique, au profit d'une approche qui puisse rendre compte de cette nouvelle réalité. Nous aborderons donc la question sous l'angle du pluralisme juridique, afin de mieux témoigner de la pluralité des régimes normatifs et juridiques, ainsi que de celle des acteurs, des sources et des facteurs qui contribuent à structurer le champ de l'activité télémédicale.

Nous nous concentrerons ensuite sur le dialogue qui s'établit entre les divers acteurs (les États, les organisations gouvernementales, intergouvernementales ou non-gouvernementales et les individus étant tous des acteurs potentiels) s'intéressant à l'activité télémédicale. En effet, l'existence de relations sociales ou, autrement dit, d'un « dialogue » entre les acteurs entraînera, éventuellement, l'apparition de régularités, c'est-à-dire des « développements de l'activité » se répétant chez de nombreux individus. Ces régularités peuvent se présenter sous diverses formes. Nous y référons, notamment, en utilisant les notions d'usage, de coutume, de convention, de norme ou de loi selon le degré de formalisation ou d'institutionnalisation qu'elles atteignent. Bref, c'est le phénomène d'émergence de la normativité, à savoir une régulation plus ou moins formelle des comportements des acteurs sociaux à l'intérieur d'un cadre d'action déterminé, qui nous intéresse ici. Enfin, nous aborderons le phénomène de l'émergence de la normativité dans le domaine de la télémédecine selon une perspective constructiviste qui nous permettra d'envisager les éventuels modes d'expression de ce droit télémédical. En effet, si le droit n'est qu'un fait social construit, il nous faut voir alors sur quelles bases peut reposer cette construction ou cette reconstruction.

## II. TÉLÉMÉDECINE ET PLURALISME JURIDIQUE

La télémédecine est l'exercice de la médecine à distance. C'est la pratique de « tout acte qui a pour objet de diagnostiquer ou de traiter toute déficience de la santé d'un être humain »<sup>14</sup> à l'aide d'un intermédiaire électronique. La téléconsultation, le télédiagnostic, la téléexpertise, la téléradiologie, la télépathologie et la téléchirurgie sont toutes des applications de la télémédecine (la télésurveillance et la téléformation sont davantage associées à la télématique de santé, puisqu'elles n'impliquent pas l'accomplissement d'un acte médical au sens stricte de ce terme). À titre d'exemple, grâce à la télémédecine un généraliste peut s'associer à un spécialiste exerçant dans une autre ville, une autre province, voire même un autre pays afin de traiter un patient sans avoir à déplacer ce dernier. L'on comprend cependant que des problèmes de juridiction puissent survenir. Comment règle-t-on, en effet, les questions de compétence professionnelle, d'octroi de permis d'exercice, d'assurance, de rémunération, de

---

Arnaud : « Le mot « internationalisation » serait d'ailleurs un terme plus familier aux juristes que « globalisation » ou même « mondialisation ». Toutefois, lorsqu'on dit que les échanges sont, aujourd'hui « internationalisés », l'expression fait référence à tout un réseau de notions dont le centre est l'idée de « nations ». « Inter-nation-al » suppose l'existence de rapports nécessaires entre nations – ce que défie, précisément, la globalisation. « International » n'est pas « global ». Et il n'est pas inintéressant de voir que l'institution chargée aujourd'hui de faire régner un ordre juste dans le monde, celle qui commandita le Rapport sur la gouvernance globale, fut dénommée « Organisation des Nations Unies » : or, précisément, le processus de globalisation semble remettre en cause l'ordre mondial qu'est censée sauvegarder cette entente entre les États-nations souverains ». *Entre modernité et mondialisation, supra* note 5 aux pp. 24-25.

<sup>14</sup> *Loi médicale, supra* note 1.

responsabilité médicale, etc., lorsque les différents acteurs ne sont pas tous soumis au même régime juridique ?

Peu importe la façon dont nous abordons la question de la télémédecine, c'est le caractère dématérialisé et délocalisé de cette activité qui constitue un défi pour le droit. En effet, la normativité juridique telle que nous la concevons *a priori* suppose des paramètres spatio-temporels stables et identifiables avec une relative aisance. Ainsi, le droit est généralement envisagé « [...] comme un ensemble cohérent, intégré, monolithique dont tous les éléments se tiennent et s'emboîtent harmonieusement »<sup>15</sup>. En outre, le phénomène juridique est souvent associé à l'État en tant que source de droit et agent de contrôle. La délocalisation et la dématérialisation de l'activité télémédicale qui contribuent à gommer les repères juridiques et normatifs traditionnels impliquent que nous pensions différemment la régulation de cette activité. Par conséquent, une approche pluraliste qui ne limite pas le droit à l'expression d'un pouvoir étatique correspond davantage au modèle normatif apte à répondre aux préoccupations juridiques, sociales et technologiques liées au développement des réseaux de télémédecine.

Selon Norbert Rouland, le pluralisme juridique « consiste dans la multiplicité de droits en présence à l'intérieur d'un même champ social »<sup>16</sup>. Ainsi, nous nous intéresserons, dans un premier temps, à la pluralité des acteurs et des organismes, tant nationaux que supranationaux, qui, s'autorisant d'une juridiction ou d'une expertise sur le sujet, définissent les règles, les normes, les conventions et les standards applicables en matière de télémédecine. Les interactions de chacun de ces intervenants, les échanges ayant lieu de part et d'autre de ces groupes ou communautés, leurs contributions respectives au pluralisme juridique, les jeux de pouvoir, ainsi que les rapports de force qui s'établissent à l'intérieur de ce champ social sont autant d'éléments qu'il nous faut considérer.

#### A. *La pluralité des ordres normatifs et le concept de communauté d'intérêts*

Lorsqu'il évoque le droit civil, le droit criminel, le droit du travail, le droit médical, etc., le juriste se réfère instinctivement à un corpus de principes, de règles de droit et de normes juridiques formant un champ de pratique ou de recherche relativement stable et précis. Comme le suggère le professeur Guy Rocher :

Le juriste connaît donc avec une assez grande précision les obligations qui sont juridiquement contraignantes; il sait les distinguer de celles qui ne le sont pas. Une règle ou une sanction n'est pas juridique lorsqu'elle a été édictée par une personne, un groupe ou un organisme qui n'est pas habilité par la loi à faire des règles. Le droit du juriste est donc intimement lié à l'État : c'est ce dernier qui est la source du juridique par ses codes, ses lois, ses règlements ou par ses tribunaux<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> J. Chevallier, *Éléments d'analyse politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985 à la p. 243; Voir aussi Trudel, *supra* note 2 à la p. 1-15.

<sup>16</sup> N. Rouland., *Anthropologie juridique*, coll. Droit politique et théorique, Paris, Presses Universitaires de France, 1988 aux pp. 84-85. [ci-après *Anthropologie juridique*]

<sup>17</sup> G. Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996 à la p. 125.

À quel droit ou à quel corpus juridique ou normatif pouvons-nous nous référer alors, lorsque nous traitons de télé-médecine, c'est-à-dire de l'exercice d'une activité médicale dans un environnement dématérialisé et délocalisé ? L'on constate que l'État n'est plus le seul maître d'œuvre du droit en cette matière. En effet, l'on assiste actuellement, dans le secteur techno-scientifique à l'éclosion de normes sous différentes formes (recommandations, lignes directrices, codes de conduite, standards, ainsi que des lois et règlements de toutes sortes). Ce pullulement normatif se caractérise, en outre, par :

[...] la multiplication des lieux et instances de production des normes destinées à encadrer les technologies, puisqu'il en résulte un faisceau d'organismes nationaux et internationaux gouvernementaux, intergouvernementaux ou non-gouvernementaux, qui interviennent à des degrés divers dans l'établissement ou la formation de normes relatives aux technologies relevant de leur ressort<sup>18</sup>. [notes omises]

L'on constate donc que l'État n'est plus le seul maître d'œuvre du droit en cette matière.

Comme nous l'avons mentionné, le droit envisagé comme produit exclusif de l'État repose nécessairement sur l'existence de paramètres spatiaux et juridictionnels stables. La dématérialisation de l'acte médical, tel que le suppose la télé-médecine, entraîne toutefois la dissolution de ces repères. Nous devons ainsi revoir cette conception restrictive du droit qui ne permet pas de dépasser les limites conceptuelles de la notion de droit étatique. Nous croyons que l'amenuisement des frontières d'espace, puis, conséquemment, de celles de la souveraineté étatique qu'implique la pratique de la télé-médecine, doit trouver un écho dans notre réflexion sur le phénomène de l'émergence de la normativité dans ce domaine.

C'est pourquoi une approche pluraliste semble s'imposer *a priori*. En effet, si le droit n'émane pas que de l'État, mais qu'il s'exprime, au contraire, à travers différentes sources, il nous faut tenir compte de cette « pluralité de droits » dans l'étude du phénomène juridique associé à l'implantation des réseaux de télé-médecine. Le pluralisme juridique nous rappelle, en l'occurrence, que « le droit ne se confond pas avec l'État; il trouve principalement sa source dans les organisations sociales »<sup>19</sup>. Par conséquent, à l'intérieur de chaque champ social, c'est-à-dire toute « cellule » semi-autonome (puisque soumise à des contraintes externes) pouvant générer des normes et en assurer l'application, plusieurs droits sont en présence et opèrent de manière hétérogène<sup>20</sup>.

Comment arrive-t-on à distinguer ces multiples droits ? Sur la base de quels critères peut-on affirmer qu'il s'agit bien de pluralisme juridique ? La notion d'ordre juridique, telle que définie par Guy Rocher, peut certes nous fournir quelques indices. Selon ce dernier, les ordres juridiques se caractérisent généralement par un ensemble de règles ou de normes jugées contraignables par l'unité sociale qui reconnaît à des agents et à des appareils l'autorité de les élaborer, de les modifier, de les interpréter et de les

<sup>18</sup> K. Boustany *et al.*, « Mondialisation et état de droit: quelques réflexions sur la normativité technologique » (1996) 34 *Annuaire canadien de Droit international* 233 à la p. 233.

<sup>19</sup> *Anthropologie juridique*, *supra* note 16 à la p. 82.

<sup>20</sup> J. Griffiths, « What is Legal Pluralism? » (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism* I aux pp. 29 et s.; S.F. Moore, « Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study » (1973) 7 *Law and Society Review* 719.

appliquer. Ces ordres juridiques doivent, en outre, faire preuve de stabilité dans le temps et d'une relative permanence<sup>21</sup>. Toute société comporterait par conséquent de nombreux ordres juridiques, nous n'avons qu'à penser aux ordres religieux, aux ordres ludiques et aux ordres marginaux tels qu'observés chez certaines communautés ethniques<sup>22</sup>.

Aucun champ social n'étant régi uniformément par un seul ordre juridique, nous parvenons donc au pluralisme juridique ou au concept de « multiplicité des droits » dont nous avons traité précédemment. Toutefois, cette conception du pluralisme qui se fonde sur l'idée de « société » suppose l'existence d'une unité de références que la multiplicité des ordres juridiques contribue à rendre plurielle<sup>23</sup>. L'utilisation de repères spatio-temporels qui permettent d'identifier la société ou le cadre à l'intérieur duquel se manifeste le pluralisme juridique nous paraît de nouveau inévitable. C'est pourquoi nous préférons le concept de « communauté » à celui de « société » qui évoque, à notre avis, l'idée de territorialité. Comme le souligne à ce sujet Roger Cotterrell :

Society is for many definitional purposes *political* society; that is, a territorially defined arena of social interaction regulated by a specific political system (for example, Canadian society, British society). Society is, thus, significantly delimited by the jurisdictional reach of legal systems. [...] While the concept of community is an "infuriatingly slippery notion," its use may be one way of escaping from the modern intertwining of the concept of society (as political society) with that of the state. The idea of "communities" now can suggest a diversity of social collectivities, commitments and systems of interests, values or beliefs, co-existing, overlapping and interpenetrating<sup>24</sup>.  
[notes omises]

Exempte de références juridictionnelles et territoriales, la notion de communauté est plus à même de rendre compte des phénomènes globaux ou totalement délocalisés qui ne connaissent pas de telles frontières.

Cotterrell identifie quatre types de communauté, soit la communauté traditionnelle qui naît de la simple coexistence d'individus dans un environnement commun ; la communauté d'intérêts ou la communauté instrumentale qui découle de la convergence d'intérêts à l'intérieur d'un groupe ; la communauté de croyance qui réfère au partage de valeurs ou de croyances similaires ; et enfin, la communauté affective caractérisée par les liens d'affection mutuelle unissant des individus entre eux<sup>25</sup>. Ces communautés n'étant pas exclusives, elles peuvent, par ailleurs, être combinées de multiples façons. Pour être qualifiées comme telles, les communautés requièrent cependant un certain degré de stabilité et de cohésion, ainsi que l'existence de liens ou d'interactions continues permettant de développer un sentiment d'identité collective ou d'appartenance à la communauté.

Les fondations sur lesquelles se construit la communauté comportent nécessairement un ensemble de règles, de normes, de pratiques, de conventions et même

<sup>21</sup> Rocher, *supra* note 17 aux pp. 134-138

<sup>22</sup> *Ibid.* aux pp. 138-142.

<sup>23</sup> J. Vanderlinden, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique » [1993] 2 R.R.J. 573 à la p. 579.

<sup>24</sup> R. Cotterrell, « A Legal Concept of Community » (1997) 12: 2 Canadian Journal of Law and Society 75 aux pp. 77-78.

<sup>25</sup> *Ibid.* aux pp. 80-81.

d'institutions qui permettent la « vie communautaire » et, par conséquent, la poursuite des objectifs ou des intérêts communs qui relient ses membres. À l'intérieur de ce cadre des ordres normatifs interagissent continuellement. La « multiplicité de droits » se manifeste, dans un premier temps, à ce niveau. Toutefois, puisque les communautés ne sont pas exclusives entre elles, le pluralisme juridique s'observe non seulement au sein de chacune d'elles, mais également entre celles-ci<sup>26</sup>.

Tout comme « les droits », les pistes d'observation sont, par conséquent, multiples : la pluralité des acteurs, leur statut, leur rôle respectif ; les divers intérêts en cause ; les motivations, les valeurs, les préoccupations morales, sociales, culturelles, techniques, scientifiques ou économiques de chacun ; les rapports de force, les luttes de pouvoir, les relations de domination ou d'opposition ; les stratégies des acteurs ; etc. témoignent du caractère pluriel du juridique<sup>27</sup>. Comme nous le rappelle Jean-Guy Belley : « [...] la théorisation juridique du pluralisme juridique suppose l'adoption préalable d'un cadre de référence où le droit étatique n'est plus central, indépendant et souverain, mais interdépendant et ouvert au dialogue avec d'autres ordres normatifs »<sup>28</sup>.

#### B. *Le dialogue : du national à l'international vers le transnational et le global*

Les multiples ordres normatifs qui interagissent, se superposent et se combinent sont caractérisés par leur « légalité poreuse », ce que Boaventura de Sousa Santos qualifie d'interlégalité<sup>29</sup>. Cette idée de porosité ou de dialogue entre les différents ordres juridiques se révèle une approche constructive du phénomène d'émergence de la normativité à l'intérieur de champs particuliers. En effet, le droit se construit et évolue au gré des échanges, des emprunts et de l'influence mutuelle de chacun de ces ordres juridiques ou normatifs. Comme le souligne Roderick Macdonald :

The concept of flux captures the nature of this normative interplay by calling forth the idea that norms, institutions and normative regimes are constantly mutating under the impulsion of one or the other; it signals there is no criterion by which a normative regime can be clearly located as one or the other; it signals dialectic and [i]n]teractive reconstitution<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> R.A. Macdonald, « Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law » dans A. Lajoie *et al.*, dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis/Bruylant, 1998, 9 aux pp. 18-23 [ci-après Lajoie *et al.*]

<sup>27</sup> R. Côté, G. Rocher *et al.*, « Introduction » dans R. Côté et G. Rocher, dir., *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*, Montréal, Éditions Thémis/GRID, 1994, aux pp. 15-16 [ci-après Côté et Rocher].

<sup>28</sup> J.-G. Belley, « Le Droit comme *terra incognita* : Conquérir et construire le pluralisme juridique » (1997) 12: 2 *Canadian Journal of Law and Society* 1 aux pp. 12-13.

<sup>29</sup> É. Le Roy, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité » dans Lajoie *et al.*, dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis/Bruylant, 1998, 29 aux pp. 35-38. [ci-après « L'hypothèse du multijuridisme »]; J.-G. Belley, « Le pluralisme juridique de Roderick Macdonald : une analyse séquentielle » dans Lajoie *et al.*, dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis/Bruylant, 1998, 57 aux pp. 62-64; B. De Sousa Santos, « Droit : une carte à la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit » (1988) 10 *Droit et société* 363 à la p. 382.

<sup>30</sup> R.A. Macdonald, « Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law » dans Lajoie *et al.*, *supra* note 26 à la p. 21.

Nous pouvons, par conséquent, émettre l'hypothèse d'un mouvement de « va et vient » continu entre les ordres juridiques locaux, nationaux, internationaux et transnationaux qui favoriserait éventuellement l'émergence d'un « droit télémedical ». Le droit naîtrait, dans un premier temps, de l'initiative d'acteurs aptes à réguler, puis à superviser l'activité télémedical à l'échelon local ou national. Dans un second temps, ce droit serait en partie récupéré par des interlocuteurs internationaux ou transnationaux plus à même d'en favoriser la rediffusion à grande échelle. Finalement, le droit serait réintégré au niveau local ou national par un nombre toujours croissant d'acteurs pouvant en assurer la transmutation, lui permettant, peu à peu, d'acquérir un caractère global. Ce qui nous ramène à la définition du terme « globalisation » : « l'action de globaliser », c'est-à-dire « réunir en un tout [...] des éléments dispersés »<sup>31</sup>. La globalisation du droit dans le domaine de la télémedical ne consisterait qu'à réunir ces morceaux de droit (les éléments dispersés, autrement dit, les construits précédents) qui structurent déjà, en bonne partie du moins, le champ de l'activité télémedical.

Sally Engle Merry illustre ce phénomène à l'aide de l'exemple qu'offrent les groupes d'intervention contre la violence faite aux femmes à travers le monde. La mobilisation du droit étatique par des groupes d'intervention locaux aux États-Unis, au Canada et en Europe afin de redéfinir la violence conjugale comme un crime a inspiré des mouvements similaires dans différentes parties du globe, après avoir fait préalablement l'objet d'une appropriation par des O.N.G. et d'autres acteurs internationaux qui en ont permis la diffusion. Ce qui fait dire à l'auteur que la globalisation des droits de la personne est avant tout « [...] the result of local agents mobilizing national and global law in the face of local resistance rather than global imposition of a new moral order »<sup>32</sup>. Le dialogue qui s'instaure au sein des diverses communautés et entre celles-ci devient la passerelle permettant d'importer dans le droit des normes, des standards et des règles afin d'optimiser l'économie globale du réseau dans l'intérêt de toutes les parties. La Commission mondiale sur le développement et la culture note à ce sujet :

En l'absence d'une société internationale parfaitement intégrée, l'instauration d'un certain ordre dans le monde entier et le respect des valeurs morales fondamentales dépend au plus haut point de l'existence de communautés nationales capables de préserver cet ordre et de faire appliquer ces valeurs dans leur juridiction<sup>33</sup>.

Les trois temps du dialogue sont donc associés respectivement au « local », à l'« international » ou au « transnational » et enfin, au « global ». Le « local » se caractérise par les initiatives d'acteurs capables de mobiliser les ressources juridiques et normatives à une échelle restreinte. L'« international » ou le « transnational » découle généralement de la coopération inter-étatique (traités, conventions, instruments non-contraignables, tels les codes de conduites et les lignes directrices, etc.) ou encore d'actes unilatéraux d'un ou d'une pluralité d'intervenants. L'on assiste à cette étape à une appropriation du droit local par un auditoire élargi, soit l'ensemble des organisations

---

<sup>31</sup> *Le Petit Larousse illustré*, 1999, s.v. « globalisation » et « globaliser ».

<sup>32</sup> S.E. Merry, « Global Human Rights and Local Social Movements in a Legally Plural World », (1997) 12: 2 *Canadian Journal of Law and Society* à la p. 255.

<sup>33</sup> Extrait tiré de Trudel, *supra* note 2 à la p. 1-38.

inter-étatiques et non-gouvernementales, favorisant ainsi sa diffusion à l'extérieur des frontières locales ou nationales. Finalement, le « global » désigne le retour du droit récupéré par de multiples interlocuteurs qui cheminent, de cette manière, vers la globalisation. André-Jean Arnaud note à ce sujet :

Le mode de penser qui perce sous ce paradigme repose sous un certain nombre d'assertions :

- que la globalisation renvoie à un processus social, économique, culturel et démographique qui s'installe au cœur des nations et les transcende à la fois;
- que les États-nations, de plus en plus, sont dans une large mesure exclus, ès-qualités, des échanges mondiaux qui, d'internationaux, tendent à devenir transnationaux; mais que l'État-nation, malgré son caractère apparemment de plus en plus problématique, demeure un point de référence obligé;
- que le mouvement contemporain de globalisation des échanges s'accompagne, en contrepartie, d'une attention portée aux processus locaux, aux identités locales, aux unités d'analyse locales, sans l'étude desquels le processus global serait mal compris; qu'il opère dans une dialectique permanente avec le « local » - d'où l'expression récemment forgée : « glocalisation »;
- que le mouvement contemporain de globalisation des échanges s'accompagne d'un retour de la société civile qui joue un rôle de plus en plus important dans la régulation sociale<sup>34</sup>.

Plusieurs motifs expliquent ces mouvements, à savoir l'« internationalisation », la « transnationalisation » et la « globalisation ». Ceux-ci sont notamment d'ordre économique. En effet, les partenaires commerciaux doivent souvent rendre leur environnement juridique compatible afin de ne pas rester en marge de la globalisation des marchés. L'impossibilité de régir certains développements techniques ou scientifiques à l'intérieur des limites locales ou nationales milite également en faveur de l'internationalisation, puis de la transnationalisation et enfin, de la globalisation du droit. La nécessité d'harmoniser les normes et les standards adoptés par différents acteurs, afin de rendre viable un système technique conduit habituellement à un résultat similaire. Enfin, la volonté collective des communautés scientifiques de se donner des règles d'éthique favorise aussi le dialogue<sup>35</sup>.

Dans ce contexte, les luttes de pouvoir, les relations de domination et d'opposition entre les interlocuteurs et les rapports de force deviennent des éléments fondamentaux. Le droit est en effet intimement lié à la notion de pouvoir, puisque qu'« [u]n droit sans pouvoir n'est plus du droit; il n'est qu'une parole ou qu'un écrit »<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> *Entre modernité et mondialisation*, supra note 5 aux p. 31-32.

<sup>35</sup> R. Côté, G. Rocher *et al.*, « Introduction » dans Côté et Rocher, supra note 27 aux pp. 20-22.

<sup>36</sup> G. Rocher, supra note 17 à la p. 254; Voir aussi D. Loschak, « Le droit, discours de pouvoir » dans G. Conac, H. Maisl et J. Vaudiaux, dir., *Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, 429 à la p. 429 et s.

Le phénomène de globalisation du droit repose essentiellement sur les jeux de pouvoir qui s'instaurent entre les acteurs et les ordres juridiques en constante interaction. La normativité juridique s'appréhende, par conséquent, par l'observation des rapports de pouvoir qui conditionnent le dialogue, aussi bien au sein des communautés d'intérêts, de valeurs ou de croyances, qu'entre celles-ci.

### III. LE PHÉNOMÈNE D'ÉMERGENCE DE LA NORMATIVITÉ : PLURALITÉ, UNITÉ OU UNIFORMITÉ

Doit-on faire une distinction entre la pluralité des sources juridiques et le pluralisme juridique ? Comme nous l'avons vu précédemment, le pluralisme juridique consiste, entre autres, à la « multiplicité des droits » à l'intérieur d'un même champ social. Le pluralisme est, dans ce dernier cas, associé à la pluralité des acteurs eux-mêmes et à celle des ordres juridiques et normatifs en constante interaction. Une seconde approche pluraliste qui s'intéresse non pas à la « multiplicité des droits », mais, cette fois, à celle des sources normatives, soit aux fondements de l'action juridique ou, autrement dit, aux motifs pour lesquels émergent les normes et les règles, s'avère une piste d'observation tout aussi pertinente afin de saisir la complexité et la richesse du phénomène juridique.

#### A. *La pluralité des sources normatives dans le domaine de la technologie*

Non seulement le pluralisme juridique se traduit-il par la multiplicité des ordres juridiques, mais il s'exprime, en outre, à travers la pluralité des sources juridiques ou normatives, c'est-à-dire la diversité des facteurs qui sous-tendent l'émergence de la normativité. Il est vrai cependant qu'il faut *a priori* distinguer le pluralisme juridique de la pluralité des sources juridiques lorsque celle-ci s'inscrit dans une approche moniste du droit (soit l'étude des lois, décrets, jurisprudence, etc. comme sources formelles du droit étatique). Toutefois, l'analyse des causes et des motivations qui préparent à l'apparition de normes, de règles, de standards, d'institutions, puis de régimes normatifs et d'ordres juridiques, peut également être envisagée dans une perspective pluraliste. La volonté de l'État à réguler un champ donné n'est alors qu'un motif parmi tant d'autres. Le droit devient le fruit d'une pluralité de forces et d'initiatives de sources diverses qui ne convergent pas nécessairement en fonction des seuls intérêts étatiques ou nationaux.

L'innovation dans le domaine des technologies de l'information et de la communication, et la diffusion de ces technologies entraînent des transformations d'ordre économique, politique, social et culturel. Ces transformations mobilisent à leur tour une panoplie de ressources et de moyens d'action mis en œuvre de façon hétérogène afin de répondre aux nouveaux besoins que soulèvent ces changements technologiques. La norme, c'est-à-dire « [...]un discours (plus ou moins explicite) ou un comportement, descriptif ou prescriptif, dans la mesure où cette description ou cette prescription permet d'évaluer ou de mesurer (et à la limite de sanctionner) la conformité de son sujet à son objet »<sup>37</sup>, demeure l'une des ressources privilégiées à cette fin. Selon René Côté et Guy Rocher, l'on peut identifier quatre grandes sphères de

---

<sup>37</sup> R. Côté, G. Rocher *et al.*, « Introduction » dans Côté et Rocher *supra* note 27 à la p. 8.

« création/application » des normes, soit les normes juridiques, les normes technoscientifiques, les normes éthiques et enfin, les normes socio-culturelles<sup>38</sup>. Ainsi, le caractère pluraliste du phénomène juridique ne se résume pas uniquement, ici, à la pluralité des ordres juridiques interagissant à l'intérieur d'un champ d'activité, il résulte, en outre, de celle des univers normatifs eux-mêmes, soit de la pluralité des sources normatives, telle que nous l'avons évoquée ci-dessus.

Dans ces quatre sphères normatives existent, de surcroît, différents types de normes qui remplissent des fonctions variées. D'après René Coté et Guy Rocher, la première catégorie serait celle des « normes limites », c'est-à-dire les normes qui indiquent les frontières à ne pas franchir. Le second groupe serait constitué des « normes standards » ou, autrement dit, les normes qui offrent les balises inférieures et supérieures. Les « normes programmatoires » formeraient la troisième famille, soit les normes qui énoncent des objectifs à atteindre. Le quatrième ensemble comprendrait les « normes procédurales », c'est-à-dire les normes qui concernent la procédure ou les moyens de mise en oeuvre. Finalement, la dernière classe regrouperait les « normes définitoires », soit les normes qui définissent l'objet ou le sujet d'une seconde norme<sup>39</sup>. Les divers types de normes qui se manifestent dans chacun de ces univers normatifs sont donc autant d'indices qui permettent d'appréhender le phénomène de l'émergence de la normativité dans le domaine des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

L'innovation technologique entraîne, par conséquent, l'émergence d'une normativité caractérisée par la pluralité de ses sources et de ses fondements. Il n'est pas nécessaire que l'État ait la volonté de régir un domaine d'activité pour que celui-ci soit régulé, les normes, les standards, les règles, puis les ordres normatifs se développent avec ou sans la collaboration de ce dernier, selon les besoins sous-jacents aux changements technologiques. Comme le souligne Guy Rocher à juste titre :

La technologie et le droit ont en effet beaucoup en commun. Il n'est pas courant de les rapprocher l'un de l'autre; on pense même souvent à les opposer ou, à tout le moins à souligner l'ignorance et l'indifférence qu'ils ont eues l'un pour l'autre jusqu'à présent. En réalité, cette ignorance réciproque est bien moins grande qu'on se plaît parfois à le dire.

Dans leur nature même, la technologie et le droit ont en commun d'être tous les deux un discours régulateur, un discours fait de normes et de règles à observer, qui s'imposent par des décisions que l'on peut appeler « professionnelles ». C'est un truisme de dire que le droit est fait de règles; cela paraît peut-être moins évident de la technologie. C'est pourtant le cas<sup>40</sup>.

Toujours selon Guy Rocher, l'on peut en effet identifier trois grands types de règles sur lesquels repose la technologie<sup>41</sup>. Le premier rassemble les règles d'efficacité. L'objet principal de la technologie demeure la production de biens, de services et d'informations. Des règles doivent par conséquent être établies, diffusées, connues et appliquées, afin de rendre possible une telle production. Ces règles d'efficacité servent,

<sup>38</sup> *Ibid.* à la p. 9.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Rocher, *supra* note 17 à la p. 95.

<sup>41</sup> *Ibid.* aux pp. 95-96; R. Côté, G. Rocher *et al.*, « Introduction » dans Côté et Rocher, *supra* note 27 aux pp. 12-13.

notamment, à optimiser la productivité technologique. Ainsi, le développement des réseaux de télémédecine dépend largement de l'instauration de ce type de règle.

Le second groupe de règles à trait à la sécurité et la protection contre les risques. L'implantation de technologies peut être accompagnée de risques pour la santé et la vie humaine. Afin de protéger les différents utilisateurs, l'on doit se doter de règles de sécurité et de protection contre ces aléas. Les risques que comporte l'activité télémédicale nécessitent la reconnaissance de telles règles (à titre d'exemple, des règles en matière de responsabilité médicale, de protection de la vie privée et des renseignements personnels, etc. s'imposeront sans doute).

Le troisième type de règles concerne la protection des droits de propriété. Les découvertes et les innovations technologiques sont généralement le fruit de recherches et de travaux soutenus ou le résultat de l'expérience acquise à la suite d'une longue pratique. Les artisans de ces développements technologiques doivent jouir d'une certaine protection, afin de ne pas être frustrés indûment du produit de leurs recherches, de leurs travaux ou de leur expérience. Ainsi, nous pouvons imaginer que l'absence de règles relatives à la protection des droits de propriété créerait un attermoiement de la recherche et des travaux dont dépend l'avancement de la technologie télémédicale.

Une approche pluraliste du phénomène de l'émergence de la normativité dans le domaine de la télémédecine doit certes tenir compte de la multiplicité des ordres juridiques susceptibles d'interagir à l'intérieur de ce champ. Elle ne doit pas négliger, cependant, la pluralité des causes sous-jacentes à l'apparition de ces normes qui indique clairement que le droit ne dépend pas de la seule volonté étatique. En effet, la pluralité des sources juridiques s'entend non seulement de celle des sources formelles, tels les lois, les décrets, la jurisprudence, etc., mais, en outre, de la multiplicité des facteurs qui contribuent à l'émergence du droit, elle-même associée à la pluralité des acteurs impliqués, des mouvements sociaux, ainsi que des intérêts et des motivations en cause. Roderick Macdonald rappelle les diverses manifestations du pluralisme juridique lorsqu'il énonce :

We hypothesize heterogeneity : the plurality of law is not limited to recognizing that numerous normative regimes inhabit the same social space, but also encompasses complexity within these normative regimes. We hypothesize flux : not only are there different types of distribution of power among normative regimes, the varying dynamics of power and counter-power even within normative regimes are central to tracing trajectories of normative interaction. We hypothesize dissonance : conflicts of process, jurisdiction, substance and prescription exist not only among normative regimes, but within normative regimes such that systemic coherence is problematic even within any given spatial, temporal, social or affective fields. In our view, legal normativity and a normative regime are not entities—things in the world—but are best understood as hypotheses for exploring a contingent and interpenetrated “*mêlée*”<sup>42</sup>.

Nous pourrions ajouter un dernier postulat : le pluralisme juridique réfère également à la pluralité des sources normatives ou juridiques, telle que nous l'avons

---

<sup>42</sup> R.A. Macdonald, « Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law » dans Lajoie et al., *supra* note 26 aux pp. 20-21.

définie précédemment, qui suppose, elle aussi, l'hétérogénéité, la fluidité, ainsi que la dissension.

B. *Du pluralisme juridique à la globalisation du droit*

We hypothesize dissonance : conflicts of process, jurisdiction, substance and prescription exist not only among normative regimes, but within normative regimes such that systemic coherence is problematic even within any given spatial, temporal, social or affective fields<sup>43</sup>.

Cette dernière hypothèse proposée par Macdonald dans l'extrait que nous avons vu précédemment nous amène à s'interroger sur la compatibilité du concept de pluralisme juridique avec l'idée de « globalisation du droit ».

Bien que l'interconnexion des réseaux qui supportent l'activité télé médicale puisse entraîner la création d'un espace global qui ne pourra être régi dans les limites d'un seul État, il n'est pas certain toutefois qu'il en découlera inéluctablement l'émergence d'un droit global. Les forces souvent antinomiques qu'embrasse la pluralité des ordres juridiques, des acteurs et des divers facteurs sous-jacents à l'émergence de la normativité semblent, de fait, tendre davantage vers la division que vers l'unification. Le professeur Macdonald conclut ainsi à cet égard :

One of the evident consequences of a critical legal pluralist perspective is that systemic coherence and the logical integration of diverse regimes into a unified whole is shown to be as problematic as the postulate of legal centralism itself<sup>44</sup>.

En effet, si nous nions, d'une part, le caractère unitaire du droit en invoquant sa nature plurielle, est-il risqué, d'autre part, de réintroduire incidemment cette notion d'unité ou d'uniformité par le biais de discours sur l'émergence d'un droit global ? Il ne faudrait pas retomber ici dans un paradigme moniste en substituant l'idée de « Super-État » à celle d'État. Comme le note Étienne Le Roy, nous devons parvenir à admettre le pluralisme normatif et la diversité juridique sans se laisser aller à cette tendance à l'uniformisation qui nous incite à repenser constamment le droit comme le fait d'une autorité unique et centralisée ou, à tout le moins, comme le produit d'une concertation initiale<sup>45</sup>. En effet, il serait fort surprenant que le modèle normatif émerge dans le domaine de la télé médecine « [...] comme un ensemble cohérent, intégré, monolithique dont tous les éléments se tiennent et s'emboîtent harmonieusement »<sup>46</sup>. Selon l'auteur, nous devrions plutôt nous inspirer du modèle africain qui définit le pluralisme juridique comme « l'expression de modes de régulation multiples, spécialisés et interdépendants, valorisant la complémentarité des différences »<sup>47</sup>. Conséquemment, la notion de « globalisation » ne serait pas synonyme d'« uniformisation », mais désignerait, au

<sup>43</sup> *Ibid.* à la p. 20.

<sup>44</sup> *Ibid.* à la p. 22.

<sup>45</sup> « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », *supra* note 29 à la p. 34.

<sup>46</sup> J. Chevallier, *Éléments d'analyse politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985 à la p. 243; Voir aussi Trudel, *supra* note 2 à la p. 1-15.

<sup>47</sup> « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », *supra* note 29 à la p. 34.

contraire, « la réunion en un tout d'éléments dispersés<sup>48</sup>, multiples, spécialisés et interdépendants dans le but de valoriser la complémentarité des différences »<sup>49</sup>.

À travers le « dialogue »<sup>50</sup>, les acteurs (les États, les organisations gouvernementales, intergouvernementales ou non-gouvernementales et les agents individuels) procèdent à de véritables échanges normatifs. Chacun contribue ainsi au pluralisme juridique en ajoutant un « morceau de droit » à l'ensemble, puisque « les acteurs n'agissent jamais dans un espace non structuré ». Comme le souligne Erhard Freidberg :

[L]eur rationalité et leur capacité de choix sont préstructurées par leur appartenance à des cultures (nationales, professionnelles, organisationnelles). Leur liberté d'action est d'autre part restreinte par les conditions matérielles et sociales qui prévalent dans leur contexte d'action et qui sont étayées par un ensemble de structures et de régulations englobantes<sup>51</sup>.

Bien que les intérêts propres de chaque acteur puissent diverger, voire même être contradictoires, la poursuite d'un objectif ou d'un but commun induit, néanmoins, le développement d'un « contexte d'action collective ». La participation à l'activité collective fait naître, automatiquement, des enjeux pour les acteurs. En effet, ceux-ci ne peuvent se moquer de ce qui s'y passe, ni de la conduite des autres acteurs<sup>52</sup>. La coopération, fondée sur un minimum d'intégration des comportements individuels et autonomes d'acteurs (qu'ils soient le fait d'individus au sens propre ou de groupes) qui poursuivent des objectifs distincts, même contradictoires, est centrale au dessein collectif.

Afin d'assurer un minimum de stabilité des relations sociales à l'intérieur d'un champ d'activité, l'on investit peu à peu dans les formes (investissements de forme<sup>53</sup>), autrement dit, l'on cristallise les rapports de force, les négociations antérieures et les compromis survenus entre les participants dans une structure formelle qui aura pour objet la régulation, au moins partielle, des comportements des acteurs. Peu à peu, l'on voit se développer certaines régularités dans la disposition de l'activité collective que l'on qualifiera, selon le cas, de normes, de standards, d'usages, de coutumes, de conventions, de droits ou de lois en fonction du degré de formalisation ou d'institutionnalisation qu'elles atteignent.

Le droit n'est plus le fait d'une autorité unique et centralisée. Il est, au contraire, le produit de multiples forces qui lui confèrent un caractère pluriel. Non seulement assiste-t-on à un foisonnement d'acteurs, à savoir d'États, d'organisations gouvernementales, intergouvernementales ou non-gouvernementales et d'agents individuels qui se livrent bataille autour de la définition des « problèmes » et des

<sup>48</sup> Voir la définition du terme « globaliser » dans *Le Petit Larousse illustré*, supra note 12.

<sup>49</sup> Voir la définition africaine de la notion de pluralisme juridique que nous avons évoquée précédemment, supra note 20.

<sup>50</sup> Au sujet du concept de « dialogue » voir le sous-titre *Le dialogue : du national à l'international vers le transnational et le global*, section Ib) de ce texte, aux pp. 11-14.

<sup>51</sup> E. Friedberg, *Le Pouvoir et la Règle : dynamiques de l'action organisée*, 2 éd., coll. Points, Paris, Éditions du Seuil, 1997 à la p. 26.

<sup>52</sup> *Ibid.* à la p. 269.

<sup>53</sup> *Ibid.* à la p. 154.

« solutions », mais également à la multiplication des foyers normatifs, c'est-à-dire les « [...] lieux et instances de production de normes [...] »<sup>54</sup>. De nouveau l'on s'aperçoit que l'État n'est plus le seul maître d'œuvre. Le tableau se présente plutôt comme un véritable réseau où chacun ne détient qu'une parcelle de l'expérience commune, empêchant, de ce fait, d'imputer le droit à un acteur ou une instance en particulier. C'est donc pour cette raison que l'on affirme, à juste titre, que le phénomène de globalisation « renvoie à un processus social, économique, culturel et démographique qui s'installe au cœur des nations et les transcende à la fois »<sup>55</sup>.

Selon Étienne Le Roy, la globalisation du droit passe par conséquent par l'exploitation des ressources qu'offrent les forums de discussions, de confrontation, de négociation et de gestion concertée<sup>56</sup>. Encore une fois, le statut des acteurs qui participent à ces forums, les moyens dont chacun dispose, leurs motivations, leurs stratégies, les enjeux, les logiques exploitées, les ordonnancements sociaux et les différentes règles du « jeu » sont tous des éléments qui nous permettront de mieux appréhender le phénomène de globalisation du droit. Bref, le droit n'étant ni plus ni moins qu'un construit inspiré de la « vie sociale » des acteurs, il faut donc s'en retourner au « vécu » des participants afin de mieux comprendre le processus de construction ou de reconstruction du juridique.

#### IV. TÉLÉMÉDECINE ET CONSTRUCTIVISME

Vittorio Villa oppose deux modèles généraux de connaissance, soit le descriptivisme et le constructivisme, afin de souligner le potentiel explicatif « théorico-juridique » du second<sup>57</sup>. Selon lui, le descriptivisme postule que « [...] le langage de la connaissance doit, en dernière analyse, refléter la réalité, représenter la réalité telle qu'elle est, de manière passive et neutre [...] »<sup>58</sup>, alors que le constructivisme énonce, au contraire, que « [...] la connaissance est une œuvre sociale collective (avec un caractère partiellement lié au langage), une pratique sociale qui comporte une intervention active sur la réalité »<sup>59</sup>. Ce dernier modèle aurait l'avantage de reconnaître que la connaissance juridique est, avant tout, une manière d'intervenir sur le droit, puis de reconstruire celui-ci en réorganisant de façon systématique la masse des phénomènes juridiques à l'aide de discours et d'activités multiformes (de connaissance, de justification, d'acceptation, d'application des normes, etc.)<sup>60</sup>. Cette construction du droit sera utile et pertinente si elle résiste, par la suite, à l'épreuve de l'expérience.

##### A. *L'ordre spontané, l'ordre imposé et le laisser-innover*

<sup>54</sup> Boustany, *supra* note 18 à la p. 233.

<sup>55</sup> *Entre modernité et mondialisation*, *supra* note 5 à la p. 31.

<sup>56</sup> É. Le Roy, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité » dans Lajoie *et al.*, *supra* note 26 aux pp. 41-42.

<sup>57</sup> V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme » dans P. Amselek, dir., *Théorie du droit et science*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, 281.

<sup>58</sup> *Ibid.* à la p. 288.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.* à la p. 291.

« Le droit est un construit qui s'est édifié à partir de catégories et de concepts qui sont nés de la vie sociale [...] »<sup>61</sup>. Le droit s'inspire de la vie sociale ou de ce que nous préférons appeler la « vie communautaire »<sup>62</sup>. Il reflète généralement les valeurs de la communauté, telles que définies par les jeux de pouvoir des différentes factions qui parviennent à s'accorder sur les grandes lignes du droit, c'est-à-dire sur les principes, les règles de conduite, les normes et les standards jugés fondamentaux<sup>63</sup>. L'on parlera alors de « valeurs fortes ». Selon Guy Rocher, nous pouvons retenir cinq « valeurs fortes » associées à la production de services dans le domaine des nouvelles technologies, soit la continuité, l'adaptation constante, la justice ou la neutralité, l'égalité, la rationalité et l'ordre social qui sous-tend la stabilité et l'harmonisation<sup>64</sup>.

Différents paradigmes pourraient expliquer le phénomène de l'émergence de la normativité dans le domaine de la télémédecine. Résumons brièvement trois des principaux modèles théoriques. Robert Axelrod définit, tout d'abord, le phénomène d'émergence des normes comme la résultante d'une suite de jeux<sup>65</sup>. L'intérêt de chacun des « joueurs » à ce que le comportement des uns soit coordonné et compatible avec celui des autres, contribue à la dynamique du jeu, puis à celle de l'ordre spontané. La prépondérance de « valeurs fortes » dont, notamment, celle de continuité, de stabilité et d'harmonisation, pousse instinctivement les participants à résoudre les problèmes de coordination en adoptant un comportement uniforme ou, à tout le moins, compatible avec celui des autres. Toute action collective qui n'est pas strictement ponctuelle mobilise des forces organisationnelles qui génèrent, à leur tour, un noyau à la ronde duquel gravitent les acteurs<sup>66</sup>. L'activité collective est donc orientée par le « jeu » qui vient structurer le champ d'activité. Ainsi, comme le notent à ce propos Michel Crozier et Erhard Friedberg :

[L]e jeu est l'instrument que les hommes ont élaboré pour régler leur coopération. Le jeu concilie la liberté et la contrainte. Le joueur reste libre, mais il doit, s'il veut gagner, adopter une stratégie rationnelle en fonction de la nature du jeu et respecter les règles de celui-ci. [...] Ainsi défini, le jeu est un construit humain<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> Rocher, *supra* note 17 à la p. XII.

<sup>62</sup> Voir à ce sujet nos commentaires sur le concept de communauté au sous-titre *La pluralité des ordres normatifs et le concept de communauté d'intérêts*, section Ia) de ce texte, aux pp. 7-11.

<sup>63</sup> Rocher, *supra* note 17 à la p. 61.

<sup>64</sup> *Ibid.*; Voir aussi Trudel, *supra* note 2 à la p. 1-36.

<sup>65</sup> R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984 aux pp. 124-141.

<sup>66</sup> Crozier et Friedberg utilisent le concept de « système d'action concrets » pour illustrer cette idée. Ils définissent le « système d'action concret comme un ensemble humain structuré qui coordonne les actions de ses participants pas des mécanismes de jeux relativement stables et qui maintient sa structure, c'est-à-dire la stabilité de ses jeux et les rapports entre ceux-ci, pas des mécanismes de régulation qui constituent d'autres jeux ». M. Crozier et E. Friedberg, *L'acteur et le système*, coll. Points, Paris, Éditions du Seuil, 1981, à la p. 286. Selon Friedberg, cette notion désigne « des structures d'action collective par lesquelles sont « organisés » les espaces d'action, c'est-à-dire sont construits et perpétués les ordres locaux grâce auxquels les acteurs parviennent à stabiliser au moins provisoirement leurs négociations et leurs interactions stratégiques ». Friedberg, *supra* note 51 à la p. 119.

<sup>67</sup> M. Crozier et E. Friedberg, *Ibid.* à la p. 113.

Le « jeu » est, par conséquent, producteur de normativité. Il induit autrement dit un ordre propre au champ d'action qu'il structure. Le potentiel globalisateur de la télémédecine découle du fait que l'on retrouve des « jeux » locaux, nationaux, internationaux et même transnationaux parmi ceux qui se développent dans cette sphère d'activité. Ces « jeux » au sein desquels s'organise la coopération ne connaissent pas de frontières territoriales. Le « jeu » peut en effet impliquer une pluralité de participants (de joueurs) : États, organisations gouvernementales, intergouvernementales ou non-gouvernementales et agents individuels. La théorie des jeux qui expliquerait l'ordre spontané peut se résumer ainsi :

*L'émergence des solutions coopératives stables est possible.* Si les modèles proposés reflètent convenablement des aspects de la vie sociale, l'examen des jeux a démontré la possibilité que se développent, entre individus autonomes et sans l'intervention d'une intelligence régulatrice, des conventions dont l'effet est de résoudre des conflits potentiels entre eux. Ces conventions peuvent donc émerger spontanément<sup>68</sup>.

[...] il suffit que des individus, à la suite d'innovations techniques, d'augmentations ou de déplacements de la population ou d'autres circonstances bousculant l'ordre établi, se trouvent dans des situations d'interaction structurées comme les jeux examinés, pour que se déclenchent les forces génératrices de conventions.<sup>69</sup>

Selon d'autres, le droit est davantage construit par une classe dominante ou par diverses élites partageant une volonté commune à cet égard. Il s'agira alors d'un « ordre imposé » ou d'un « ordre construit ». Les acteurs dominants s'accordent sur les politiques et les lignes directrices, puis, ainsi, sur les « valeurs fortes » qui devraient être considérées par tous comme fondamentales. La volonté de coopération des acteurs est, ici, centrale. Ceux-ci concertent leurs interventions afin de permettre l'édification d'un droit intégré et cohérent. À titre d'exemple, la coopération internationale, telle qu'énoncée dans l'« *Agenda for Cooperation* » du G-7, tendrait à assurer la « prédominance de la logique d'intégration et le principe d'une gouverne "mondiale" fonctionnant selon des mécanismes de coopération (et de concertation) plutôt qu'en fonction des seuls mécanismes du marché »<sup>70</sup>. L'idée d'« ordre imposé ou construit » s'apparente en ce sens à la position européenne qui cherche à préserver le principe de souveraineté des États ou des partenaires, notamment dans le domaine des inforoutes<sup>71</sup>.

Une dernière conception axée, cette fois, sur le concept du « laisser-innover » trouve des tenants, particulièrement aux États-Unis<sup>72</sup>. Cette dernière notion « [...] suppose que la technologie, comme le marché, comporte ses propres correctifs et qu'il faut éviter de la contrecarrer [...] »<sup>73</sup>. Elle repose, de surcroît, sur le principe selon lequel une autorité n'est pas justifiée d'intervenir dans un domaine qui échappe à son contrôle

---

<sup>68</sup> E. Mackaay, « L'ordre spontané comme fondement du droit—un survol des modèles de l'émergence des règles dans une société civile » (1988) 22 R.J.T. 347 à la p. 379.

<sup>69</sup> *Ibid.* à la p. 380.

<sup>70</sup> Commentaires tirés du « scénario de la *pax triadica* » du Groupe de Lisbonne résumés dans Trudel, *supra* note 2 à la p.1-73.

<sup>71</sup> *Ibid.* à la p. 1-4.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> Rocher, *supra* note 17 à la p. 92.

ou lorsqu'une intervention risquerait d'être plus dommageable que bénéfique. En vertu de cette doctrine, le droit construit *a posteriori* est plus à même de réguler les développements technologiques, de protéger les individus et d'assurer une saine gestion de ces phénomènes, sans nuire par ailleurs au progrès technologique. Les participants seront souvent, dans ce dernier cas, mieux renseignés, plus alertes et davantage disciplinés. Dans le domaine de la télémédecine, cela signifie que le « télépatient » doit être proactif. Il doit s'informer et requérir tous les renseignements dont il a besoin afin d'assurer sa propre sécurité.

Pour certains, la philosophie du « laisser-innover » évoque toutefois celle du « laisser-faire », plus insidieuse que la précédente. Le « laisser-faire » donne fréquemment lieu à l'éclosion d'un droit édifié dans un contexte de quasi-totalitarisme ou, autrement dit, un droit né de la dictature des plus puissants et non de la coopération, de la concertation et de l'harmonisation des politiques, comme dans le scénario de l'« ordre imposé ou construit ». Ce dogme du « laisser-faire » risque, en dernière analyse, de conduire au désengagement de la majorité des partenaires, puis d'entraîner leur « déresponsabilisation », donnant dès lors ouverture à la « loi du plus fort », ainsi qu'aux abus de toutes sortes.

Parce qu'elle transcende les limites spatiales et juridictionnelles, la télémédecine, c'est-à-dire la pratique d'une activité médicale dans un environnement délocalisé ou dématérialisé, appelle à une construction ou reconstruction innovatrice du droit. Les trois modèles que nous venons de présenter ne sont que des exemples parmi tant d'autres. Seul l'expérience nous permettra de voir quelles constructions conviennent ou s'adaptent (« *fit* »)<sup>74</sup> à la réalité. En effet, comme l'énonce Ernst Von Glasersfeld :

Le problème disparaît dès que l'on ne considère plus la connaissance comme la recherche de la représentation iconique d'une réalité ontologique, mais comme la recherche de manières de se comporter et de penser qui *conviennent*. La connaissance devient alors quelque chose que l'organisme construit dans le but de créer un ordre dans le flux de l'expérience—en tant que tel, informe—en établissant des expériences renouvelables, ainsi que des relations relativement fiables entre elles<sup>75</sup>.

#### B. *Vers une construction ou une reconstruction du droit télémedical*

À travers le discours et les activités de connaissance, de justification, d'acceptation et d'application des normes, nous construisons et reconstruisons le droit. À cet égard, le discours peut être régulateur ou, autrement dit, axé sur les contraintes et les règles que les membres d'une communauté s'imposent les uns aux autres, ainsi qu'à eux-mêmes. Il peut aussi être fonctionnaliste, c'est-à-dire destiné à stabiliser ou à harmoniser les conflits potentiels. Il peut également s'agir d'un discours répressif qui

---

<sup>74</sup> L'on oppose ici le mot anglais « *fit* » (convenance ou adaptation) au terme « *match* » (correspondance ou accord). Le construit convient ou s'adapte à la réalité, mais il n'y correspond pas nécessairement. En ce sens, le descriptivisme, centré sur la représentation de la réalité, s'intéresse au « *match* », alors que le constructivisme, axé sur la connaissance comme oeuvre sociale sous-tendant une intervention sur la réalité, se concentre sur le « *fit* ».

<sup>75</sup> E.V. Glasersfeld, « Introduction à un constructivisme radical » dans P. Watzlawick, dir., *L'invention de la réalité : Comment savons-nous ce que nous croyons savoir ?*, Paris, Éditions du Seuil, 1988 à la p. 41.

visé à réprimer certains comportements. Enfin, celui-ci peut être idéologique, soit centré sur les valeurs que partagent les membres de la communauté, ainsi que les communautés entre elles. En réalité, la construction du droit repose généralement sur la combinaison de ces différents discours.

Peu importe la forme que prendra la construction ou la reconstruction du droit dans le domaine de la télémédecine, elle se butera inévitablement à certains obstacles. L'un d'entre eux provient des limites qu'imposent les cadres juridiques et réglementaires préexistants. Il n'est pas sûr, en effet, qu'un « droit télé-médical » puisse s'affranchir des contraintes juridiques et normatives découlant des constructions antérieures, qu'elles soient locales, nationales ou même internationales. Ernst Von Glasersfeld note à ce sujet : « [L]es possibilités de construire un tel ordre sont déterminées, et sans cesse limitées, par les précédentes étapes de la construction »<sup>76</sup>. En l'occurrence, la reconstruction du droit consiste à réorganiser la masse des cadres juridiques préexistants et des multiples ordres normatifs potentiels, en tenant compte des limites inhérentes aux constructions précédentes et à celles qu'impose la pluralité des régimes juridiques et normatifs en constante interaction.

Un second obstacle auquel risque de se heurter la construction d'un « droit télé-médical » résulte de la rapidité des changements technologiques. L'on peut effectivement se demander si le processus de sédimentation des normes ou des règles de droit, c'est-à-dire le temps nécessaire à l'émergence, à la reconnaissance et, finalement, à l'intégration de ces règles, ces normes ou ces standards, ne puisse jamais concorder avec le rythme auquel évoluent les technologies de l'information et de la communication, dont celles afférentes aux réseaux de télémédecine. La construction ou la reconstruction du droit dans le domaine de la télémédecine doit inéluctablement se préoccuper de ce dernier élément, sous peine, dans le cas contraire, d'engendrer un droit à contretemps ou, pire encore, l'émergence d'une normativité qui soit caduque avant même d'atteindre un degré suffisant de cristallisation.

L'utilisation de « concepts flous », soit de concepts dont la définition n'est pas explicite, dans la rédaction de conventions, d'accords ou d'autres instruments juridiques internationaux, transnationaux ou globaux peut s'avérer une solution à ce problème. Comme le soulignent René Côté et Guy Rocher :

L'inclusion de concepts flous dans une norme permet aussi d'adapter celle-ci à des situations imprévues ou imprévisibles, d'ajuster l'interprétation de manière à éviter des applications indésirables d'une règle; elle permet même de lui donner des interprétations nouvelles qui font évoluer le droit en fonction de nouvelles réalités sociales<sup>77</sup>.

Une autre solution consiste à conférer au droit télé-médical un aspect essentiellement procédural. L'objet premier de la construction serait alors d'assurer le respect de règles de procédure préétablies, lors de la prise de décisions ou la résolution de conflits<sup>78</sup>. Ce droit à caractère procédural pourrait aussi traduire les « valeurs fortes », soit la continuité, l'adaptation constante, la justice ou la neutralité, l'égalité, la

---

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> R. Côté, G. Rocher *et al.*, « Introduction » dans Côté et Rocher, *supra* note 27 à la p. 23.

<sup>78</sup> Voir les commentaires de Jacques Lenoble repris dans Trudel, *supra* note 2 à la p. 1-54.

rationalité, l'ordre social, la stabilité et l'harmonisation, mais uniquement sous la forme de règles de procédure. L'on veillerait ainsi à ce que les décisions, qu'elles soient celles d'acteurs individuels ou collectifs, aient été prises à la suite de procédures qui garantissent la prééminence de ces « valeurs fortes » ou de celle d'autres valeurs jugées fondamentales par les membres des diverses communautés d'intérêts actives dans le champ de la télé-médecine.

Enfin, la principale question consiste probablement à se demander quelle forme prendra cette construction ou cette reconstruction du droit télé-médical. Est-il utopique, en effet, de croire que le phénomène d'émergence de la normativité dans le domaine de la télé-médecine puisse aboutir à la création d'un droit global ? Faut-il favoriser une construction ou reconstruction d'ordre pluriel, soit un droit constitué d'initiatives hétéroclites, en valorisant, néanmoins, la concertation et l'harmonisation de ces multiples « construits » ? Peu importe l'option que nous choisirons ou qui s'imposera sans doute d'elle-même, le principal demeure d'assurer la prédominance des valeurs fondamentales ou des « valeurs fortes » que le dialogue au sein des communautés et entre celles-ci mettra au jour. La cohésion du droit, essentielle au développement harmonieux des réseaux de télé-médecine, ainsi qu'à la protection des utilisateurs, exige, à notre avis, l'adoption d'une telle démarche.

## V. CONCLUSION

Le développement des technologies de l'information et de la communication nécessite une redéfinition de nombreuses pratiques séculaires. Cette révolution technologique engendre forcément l'apparition de nouveaux concepts. Le droit ne demeure pas impassible face à ce phénomène. Comme le souligne, notamment, Pierre Trudel :

[...] l'amenuisement des distinctions entre les catégories traditionnelles par lesquelles on appréhende les conflits résultant de la circulation de l'information appelle à une révision des fondements sur lesquels reposent les normes de même que les techniques d'encadrement des activités [...]<sup>79</sup>.

Le concept de télé-médecine, c'est-à-dire l'exercice de la médecine dans un environnement délocalisé ou dématérialisé, tel que le permettent le progrès des technologies et de l'informatique, a particulièrement retenu notre attention. Nous avons, par conséquent, abordé cette étude en nous intéressant aux défis que la dématérialisation et la délocalisation de l'acte médical pose au droit.

Le caractère dématérialisé et délocalisé de la pratique télé-médicale conduit inévitablement à la perte des repères spatiaux et juridictionnels sur lesquels le droit étatique repose en général. La télé-médecine ne connaît pas *a priori* de telles frontières. Elle ne peut être régie à l'intérieur des limites d'un seul État. L'activité télé-médicale excepte, sans difficulté, toutes les coordonnées territoriales, juridictionnelles et conceptuelles traditionnelles. Cette dernière caractéristique engendre, par ailleurs, un double phénomène. D'une part, nous assistons à la prolifération des lieux et des instances de production des normes destinées à encadrer ces technologies. Une profusion d'acteurs nationaux, internationaux et transnationaux qu'ils soient

---

<sup>79</sup> Trudel, *supra* note 2 à la p. 1-7.

gouvernementaux, intergouvernementaux et non-gouvernementaux, interviennent en effet à des niveaux divers en se réclamant d'une autorité en la matière. L'on s'aperçoit donc, dans un premier temps, que l'État n'est plus l'unique producteur de droit. L'on peut observer, d'autre part, la multiplication des univers normatifs eux-mêmes, soit des sources juridiques ou, autrement dit, des motifs qui sous-tendent l'émergence du droit. La volonté de l'État à réguler un champ donné n'est qu'un des facteurs sous-jacents à l'éclosion du juridique. Le droit n'est toutefois pas dépendant de la volonté étatique; il émerge avec ou sans elle, selon les besoins inhérents aux développements technologiques. Seule une approche pluraliste du phénomène de l'émergence de la normativité dans le domaine de la télémédecine peut, en conséquence, témoigner des multiples visages du droit et de l'hétérogénéité de son expression.

Le dialogue qui s'établit entre les différents ordres juridiques, communautés d'intérêts et acteurs, que ce soit à l'échelon local, national, international ou transnational, ouvre la voie à de véritables échanges normatifs. Les jeux de pouvoir, les relations de domination et d'opposition, les échanges, les emprunts, les stratégies et les logiques exploitées au sein des forums de discussion, de négociation et de gestion concertée contribuent, en effet, à la formation d'un droit pluriel, mais également plus intégré et cohérent. Selon nous, le pluralisme juridique et la globalisation du droit ne sont pas incompatibles. Ils sont, en réalité, deux mouvements d'une même séquence. La globalisation désigne ainsi la réunion en un tout d'éléments dispersés, multiples, spécialisés et interdépendants (premier « temps du droit ») afin de valoriser la complémentarité des différences (second « temps du droit »)<sup>80</sup>.

Une approche constructiviste nous permet, en dernière analyse, de se conscientiser au fait que la connaissance du phénomène de l'émergence de la normativité en matière télémédicale est, en soi, « [...] une pratique sociale qui comporte une intervention active sur la réalité »<sup>81</sup>. Construire ou reconstruire le droit implique une réorganisation des multiples phénomènes juridiques à l'aide de discours et d'activités de connaissance, de justification, d'acceptation et d'application des normes. L'expérience nous autorisera, par la suite, à retenir les construits qui auront franchi avec succès les obstacles auxquels se butera inévitablement cette construction ou reconstruction du « droit télémédical ». Nous pourrions, ultimement, voir lesquels conviennent ou s'adaptent à la réalité.

---

<sup>80</sup> Voir Belley, *supra* note 28 à la p. 15 : « Quand l'unification théorique de l'espace juridique aura ainsi été réalisée, sous l'égide par exemple d'une théorie du droit global, la renaissance de l'idée de pluralisme juridique viendra peut-être d'une conscience plus aiguë des multiples temps du droit »

<sup>81</sup> Villa, *supra* note 57 à la p. 288.