

Les Cahiers de droit



La mondialisation de l'État de droit entre dislocation et recomposition : le cas du *Codex Alimentarius* et du droit transnational

Geneviève Dufour, Olivier Barsalou and Pierre Mackay

Volume 47, Number 3, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043895ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043895ar>

[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 article

Dufour, G., Barsalou, O. & Mackay, P. (2006). La mondialisation de l'État de droit entre dislocation et recomposition : le cas du *Codex Alimentarius* et du droit transnational. *Les Cahiers de droit*, 47(3), 475–514.
<https://doi.org/10.7202/043895ar>

Article abstract

Globalization — an historic phenomenon housing a concept with multifarious sizes, shapes and meanings — is exercising a profound influence on legal phenomena worldwide. As a source for the deformalization of the law, it issues from a hard-to-grasp logic in our times, an era of changes, characterized by a proliferation of often ad hoc normative initiatives and regulatory spheres of authority throughout the international community. This amorphous phenomenon exercises its empire over the form and very substance of enacted standards by undermining the classic legislative role of standards production enshrined in the State, the latter then yielding to various international institutions dominated by science, economics or both at once. A case in point is observed in the works of the *Codex Alimentarius* and the *Lex Mercatoria* Commission that seem to have respectively transformed the scientific and market standard for international standards validity into the benchmark standard. This challenge to State dominance by means of globalized multifarious logic is replete with consequences for the Rule of Law, democracy and in time, for citizens in a global community. The dislocation brought about by globalization between the State and legal phenomena will result in a duplication of legal processes characterized by State self-limitation, namely owing to its incapacity to effectively participate in normative processes. This duplication is further characterized by the proliferation of spheres of normative activities and by latter's spontaneous and hierarchic instantiation.

La mondialisation de l'État de droit entre dislocation et recomposition : le cas du *Codex Alimentarius* et du droit transnational

Geneviève DUFOUR*, Olivier BARSALOU** et Pierre MACKAY***

*L'autonomie d'une société à définir ses propres normes et à
évaluer la conformité à leur exigence suppose transiger
entre la science, la technique et la démocratie.*

Jean-Christophe GRAZ¹

Phénomène historique, protéiforme et polysémique, la mondialisation exerce une profonde influence sur les phénomènes juridiques à l'échelle internationale. Source de « déformalisation » du droit, la mondialisation procède d'une logique difficilement saisissable en cette période de mutation traversée, entre autres, par une multiplication des acteurs normatifs et des espaces de régulation dans la société internationale. Ce phénomène diffus exerce son empire sur la forme et la substance même de la norme produite en érodant le rôle classique de producteur de normes reconnu à l'État au profit d'institutions internationales diverses dominées par la science ou l'économie, ou les deux à la fois. C'est le cas notamment des travaux de la Commission du Codex Alimentarius et de la lex mercatoria qui semblent avoir fait respectivement de la norme scientifique et du marché les standards de référence pour la validité d'une norme sur le plan international. Cette mise en concurrence de l'État par ces diverses logiques n'est pas sans conséquence pour l'État de droit, la démocratie et, à terme, pour le citoyen dans une société internationale mondialisée. La dislocation ainsi provoquée par la mondialisation entre l'État et les phénomènes juridiques provoquerait un double redéploiement du

* Avocate ; étudiante de troisième cycle en droit international public, Université Paris XI ; chargée de cours, Université du Québec à Montréal.

** Étudiant de deuxième cycle en droit international, Université du Québec à Montréal.

*** Professeur, Faculté de science politique et de droit, Université du Québec à Montréal.

1. J.-C. GRAZ, « Quand les normes font loi. Topologie intégrée et processus différenciés de la normalisation internationale », *Études internationales*, vol. 35, n° 2, juin 2004, p. 251.

processus juridique marqué par l'autolimitation de l'État, c'est-à-dire son incapacité à participer effectivement aux processus normatifs. Ce double mouvement est caractérisé, d'un côté, par la multiplication des espaces normatifs et, de l'autre, par leur ordonnancement spontané et hétérarchique.

Globalization—an historic phenomenon housing a concept with multifarious sizes, shapes and meanings—is exercising a profound influence on legal phenomena worldwide. As a source for the deformalization of the law, it issues from a hard-to-grasp logic in our times, an era of changes, characterized by a proliferation of often ad hoc normative initiatives and regulatory spheres of authority throughout the international community. This amorphous phenomenon exercises its empire over the form and very substance of enacted standards by undermining the classic legislative role of standards production enshrined in the State, the latter then yielding to various international institutions dominated by science, economics or both at once. A case in point is observed in the works of the Codex Alimentarius and the Lex Mercatoria Commission that seem to have respectively transformed the scientific and market standard for international standards validity into the benchmark standard. This challenge to State dominance by means of globalized multifarious logic is replete with consequences for the Rule of Law, democracy and in time, for citizens in a global community. The dislocation brought about by globalization between the State and legal phenomena will result in a duplication of legal processes characterized by State self-limitation, namely owing to its incapacity to effectively participate in normative processes. This duplication is further characterized by the proliferation of spheres of normative activities and by latter's spontaneous and hierarchic instantiation.

	Pages
1 La déformation dans l'espace	480
1.1 La multiplication des lieux de production normative menant à une modification du pouvoir normatif de l'État	482

1.1.1	La dépossession normative de l'État au regard du droit de l'OMC et de la normalisation technique adoptée par la Commission du Codex Alimentarius au profit du scientifique.....	484
1.1.2	La dépossession normative de l'État au regard de l'augmentation de l'importance du droit transnational au profit des marchands.....	494
1.2	Une modification du pouvoir normatif de l'État qui fait craindre pour l'État de droit.....	496
1.3	Une dévitalisation des principes fondamentaux de l'État de droit menant à un problème de légitimité du politique à l'égard des citoyens.....	499
2	La déformation dans le temps	502
2.1	La mondialisation, au fondement de l'accélération du temps juridique.....	502
2.2	La politique de l'urgence ou l'immédiateté juridique: justification à la multiplication des lieux de production normative menant à une dévitalisation démocratique.....	504
2.3	L'adoption du principe de précaution comme moyen de ralentir le temps faute de pouvoir légitimer la voie citoyenne.....	505
	Conclusion	511

Le 1^{er} janvier 1995 naissait officiellement l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Ce faisant, la Commission du *Codex Alimentarius* devenait une des instances internationales de normalisation technique susceptible d'influer sur le quotidien de l'humain. Ses prises de position seraient dorénavant vues comme *la* référence en matière alimentaire. Parallèlement à cette consécration institutionnelle, l'élaboration de codes privés, adoptés en marge d'un ordre juridique défini, prenait une importance accrue. Manifestations — parmi tant d'autres — d'un monde en mutation, conséquences de la mondialisation, ces phénomènes juridiques semblent s'affranchir du cadre étatique. De nombreux effets en découlent. Parmi ceux-ci, se trouve la mutation de l'État de droit et de ses fondements démocratiques.

La mondialisation est un phénomène historique, protéiforme et polysémique. Elle permet l'émergence de nouvelles formes d'autorités, parfois hybrides. Ce foisonnement d'autorités formelles et informelles, d'un point de vue juridique, remet en cause l'ordre juridique étatique lui-même puisque les normes qui le traversent puisent leur validité dans une pluralité d'ordres juridiques qui échappent de plus en plus à l'autorité étatique. La multiplicité de ces derniers provient de la diversité des sociétés humaines².

2. M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 199.

En fait, « [l']unité de l'ordre juridique à travers l'histoire provient de sa continuité³ » et cet ordre est indissociable de la société humaine qu'il a pour fonction d'ordonner⁴. Or, la mondialisation brise la continuité du droit. L'ordre juridique, vu comme une réalité historique, s'en trouve bouleversé. Paradoxalement, la cassure du phénomène juridique résulte de l'action humaine à laquelle les normes doivent nécessairement s'adapter : « Funambule, le droit doit ici concilier l'inconciliable⁵. » Ainsi sommes-nous dans une période juridique *ahistorique*, une période de redéfinition du rapport juridique au temps et à l'espace, dans laquelle s'inscrit la mutation de l'État de droit et se redéploient, dans une certaine ambiguïté, les fondements démocratiques des rapports à l'État. C'est dans cet esprit que se situe la problématique que nous aborderons, soit la mutation de l'État de droit et de ses fondements démocratiques dans un contexte de mondialisation.

« Voilà plus de soixante ans qu'après Paul Valéry on répète que « le temps du monde fini commence⁶ ». » En effet, déjà en 1947, plusieurs auteurs percevaient l'émergence d'une technicité qui allait révolutionner l'organisation interne des États mais aussi la structuration de la société internationale : « Par ses applications, la science modifie l'armature technique de la société. Or l'armature de la société exerce une action décisive sur son économie, sur sa structure sociale et politique, sur ses idées, ses aspirations, ses croyances : en un mot, sur sa civilisation⁷. » Les développements technologiques ont donc mis en exergue la dualité du monde. En s'immisçant entre, d'une part, la structure de ce monde (nommément les États et la légalité qui les caractérise) et, d'autre part, sa substance (c'est-à-dire les individus), la science et les développements technologiques ont provoqué un profond décalage entre les termes de cette dualité. Cette désynchronisation, conséquence de la mondialisation, a eu et a encore aujourd'hui de profondes répercussions sur les rapports qu'entretiennent les individus avec l'État et ses institutions de même que sur leur propre représentation. De ce fait, la mondialisation suscite de profonds changements des rapports institutionnalisés entre l'individu et l'État. Le triptyque « démocratie — droits et libertés fondamentaux — État de droit⁸ » qui condi-

3. *Id.*, p. 183.

4. *Id.*, p. 186.

5. S. MALJEAN-DUBOIS, « Bioéthique et droit international », (2000) 46 *A.F.D.I.* 82, 83.

6. R.-J. DUPUY, « Le dédoublement du monde », (1996) 100 *R.G.D.I.P.* 313.

7. M. BOURQUIN, « Pouvoir scientifique et droit international », (1947) 70 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* 331, 336.

8. F. CRÉPEAU, « Mondialisation, pluralisme et souveraineté. L'État démocratique redéployé ou l'exigence de légitimation de l'action collective », dans M.-F. LABOUZ (dir.), *Le partenariat de l'Union européenne avec les pays tiers. Conflits et convergences*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 15, à la page 19.

tionnait, jadis, les relations individus-État se trouve fortement déstabilisé dans le contexte présent.

Cette situation provoque «une brutale délégitimation partielle de l'action étatique⁹». Dans ce contexte, nous tenterons d'articuler notre analyse autour de deux axes situés aux fondements de la mondialisation, soit le temps et l'espace, et d'exposer les mutations et les déformations que subit la démocratie dans ses rapports avec l'État de droit.

Avant d'aller plus loin, nous croyons cependant pertinent d'établir nos repères conceptuels, étant entendu que l'État de droit et la démocratie ne constituent pas des concepts se laissant facilement appréhender¹⁰.

L'État de droit présente ou revêt parfois les caractères d'un mythe, tant est «fortement connoté[e] l'expression [qui] charrie en effet un ensemble d'images, de représentations¹¹». Nous associerons l'État de droit à :

[un] État qui s'est donné un système de recours effectifs, de procédures, de mécanismes de contrôle et d'institutions propres à surveiller et, au besoin, à réfréner et sanctionner le pouvoir étatique et, partant, à garantir les droits des personnes se trouvant sur son territoire et tout particulièrement leurs droits fondamentaux¹².

L'État de droit devient donc le garant de la coordination des échanges qui traversent le corps social et assure leur validité et leur flexibilité en traduisant juridiquement les normes qui émergent de ces échanges¹³. La règle de droit euphémise ainsi les violences potentielles pouvant résulter de ces échanges.

D'un autre côté, l'État de droit et la démocratie entretiennent une relation alambiquée. Les deux notions sont indubitablement liées, leur substance en dépend. Pour certains, dont Kelsen, l'État constitue une forme autoritaire de création normative et le droit, une forme démocratique¹⁴.

-
9. K. BOUSTANY et autres, «Mondialisation et État de droit: quelques réflexions sur la normativité technologique», (1996) 34 *A.C.D.I.* 233, 240.
 10. Loin de nous l'idée d'en finir avec les débats d'idées entourant ces expressions puisque plusieurs auteurs chevronnés en la matière ont su apporter leur contribution, à leur manière et selon leur perspective propre. Il est pourtant fondamental, pour une compréhension appropriée de notre propos, de présenter les définitions sur lesquelles nous nous basons pour aborder notre problématique.
 11. J. CHEVALLIER, «L'État de droit», (1988) 104 *R.D.P.* 313, 315.
 12. J.-Y. MORIN, «La mondialisation, l'éthique et le droit», dans D. MOCKLE (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 81, à la page 121.
 13. M. CHEMILLIER-GENDREAU, «L'État de droit au carrefour des droits nationaux et du droit international», dans G. BRAIBANT (dir.), *L'État de droit: Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 57, à la page 58.
 14. H. Kelsen, *Hautprobleme der Straatrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2^e éd., Tübingen, J.C.B. Mohr, 1923, p. 5, cité dans M. TROPER, «Le concept d'État de droit», (1992) 15 *Droits* 51, 59.

Conséquemment, la soumission de l'État au droit assure une démocratisation du processus de création normatif¹⁵. Poussant plus loin les rapports qu'entretiennent la démocratie et l'État de droit, nous croyons que découle des deux concepts une relation de validation : « L'État de droit suppose l'État démocratique, c'est-à-dire, grâce à la légitimation du contrôle politique et juridictionnel, le lieu de la définition du bien commun et du monopole de la contrainte organisée dans la mise en œuvre de ce dernier¹⁶ ». Dans ce contexte, les droits et libertés fondamentaux, par leur mise en œuvre effective, assurent la validation et la légitimation de l'État de droit et des principes démocratiques.

Venant perturber ces relations, la mondialisation provoque une distanciation, une dislocation des rapports précédemment illustrés. La mondialisation forme une intensification des relations sociales et juridiques se traduisant par une disjonction toujours croissante entre l'espace et le temps¹⁷, mais aussi au sein même de ces deux notions. La mondialisation provoquerait ainsi un double redéploiement. Dans un premier temps, les espaces de la production normative seraient démultipliés (1) et, dans un second temps, ils s'ordonneraient de façon « hétérarchique et spontanée¹⁸ » (2).

1 La déformation dans l'espace

« Toutes les sociétés se sont construites juridiquement sur un espace réel¹⁹. » Or, la mondialisation entraîne une multiplication des lieux et des acteurs normatifs et, conséquemment, elle provoque une « déterritorialisation²⁰ » des processus normatifs. Ce polymorphisme institutionnel donne lieu à la création de normes dont l'impact normatif varie²¹ et il fragmente

15. *Ibid.*

16. F. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 8, 37. Troper est plutôt d'avis que si la démocratie sous-entend nécessairement l'État de droit, ce dernier peut très bien exister sans démocratie. Voir, à cet effet, M. TROPER, *loc. cit.*, note 14.

17. Z. LAIDI, « Mondialisation et démocratie », *Politique étrangère*, vol. 66, n° 3, juillet-septembre 2001, p. 607.

18. G. TEUBNER, « Un droit spontané dans la société mondiale ? », dans C.-A. MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant et Éditions de l'Université de Bruxelles, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2001, p. 197, à la page 204.

19. R.-J. DUPUY, *loc. cit.*, note 6, 317.

20. D. MOCKLE, « Mondialisation et État de droit », (2000) 41 C. de D. 237, 276.

21. K. BOUSTANY, « Technologie(s) et phénomène d'internationalisation du droit », dans R. CÔTÉ et G. ROCHER (dir.), *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*, Montréal, Thémis, 1994, p. 365, à la page 368.

le continuum institutionnel²², qui fait place à une polysémie normative échappant de plus en plus au contrôle étatique.

L'introduction de nouveaux espaces de régulation et la multiplication des acteurs engagés dans le processus normatif ont d'importants impacts sur la qualité²³ de la norme et sur sa positivité (1.1). En fait, le recours de plus en plus fréquent à une normalisation élaborée au sein d'organisations spécialisées dépossède l'État de son pouvoir normatif qui cède souvent aux scientifiques le rôle d'élaborer eux-mêmes les normes. En outre, l'introduction d'acteurs privés dans le processus de production normative conduit à une « concurrence entre les normes élaborées par chacune de ces catégories d'intervenants et [...] la principale conséquence est de favoriser une "fixation de normes *de facto* sur le marché" compte tenu du caractère d'application volontaire des normes techniques²⁴ ».

La mise en concurrence de l'État semble conduire à une modification de son rôle fondamental dans sa fonction normative. Ce phénomène n'est pas sans conséquences. Car, si l'État de droit suppose assurément l'État, la dépossession normative, aussi partielle soit-elle, tend à mener à une dévitalisation des principes fondamentaux sous-tendant l'État de droit. Selon nous, la multiplication des acteurs ébranle les fondements mêmes de l'État de droit (1.2).

Ce phénomène soulève directement la question de la légitimité des normes issues de ces espaces normatifs (1.3). En effet, la distance entre l'organisme régulateur et les destinataires constitue un élément fondamental de la légitimité de la norme : « Car, de fait, l'un des fondements de la légitimité de l'action publique traditionnelle c'est sa distance (au moins théorique) à l'égard des sujets réglementés, notamment des acteurs économiques²⁵. »

22. Nous faisons ici référence au processus généralement admis ou classique de production normative dans les systèmes représentatifs (élection, adoption des lois par une chambre élue et mise en œuvre par l'exécutif). Ce continuum intègre aussi toute la notion de poids et de contrepoids institutionnels (*check and balance*) propre à l'équilibre qui se trouve dans l'État de droit. Le continuum s'interprète comme le lien attachant le citoyen à la mise en œuvre de la loi.

23. La qualité de la norme se réfère évidemment à la portée de la norme en droit international. Nous avons emprunté l'expression à Prosper Weil.

24. K. BOUSTANY et N. HALDE, « Mondialisation et mutations normatives : quelques réflexions en droit international », dans F. CRÉPEAU (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 37, aux pages 41-42.

25. K. BOUSTANY et autres, *loc. cit.*, note 9, 246.

1.1 La multiplication des lieux de production normative menant à une modification du pouvoir normatif de l'État

L'État, vecteur prétendument unique de la création et de renforcement du droit, gardien des valeurs non mercantiles, organe de solidarité et arbitre entre le marché et la société²⁶, voit son rôle se modifier du fait des forces mises en présence par la mondialisation. Ses fonctions principales lui échappent, certaines de celles-ci dépassant dorénavant le cadre strictement interne. Il y a alors délégation du pouvoir de légiférer à un ordre juridique international qui lui-même se permet parfois — et nous le constaterons dans les prochaines lignes — une délégation additionnelle. Dans cette mouvance, l'État semble lâcher prise, quitte à abandonner volontairement ses prérogatives de législateur dans certains domaines. En découle une multiplication des lieux producteurs de normes dont certains sont complètement affranchis du contrôle étatique.

L'État demeure certes à la base de l'élaboration des normes. Il est la «référence au sommet²⁷» et demeure le sujet premier au niveau tant interne qu'international. La mondialisation ne le dépasse pas entièrement de ses fonctions, mais elle tend à estomper son rôle en tant qu'acteur unique²⁸. L'État n'est donc pas absent, mais il semble plutôt que, dans certains domaines, la mondialisation ait eu, sur ses fonctions, des effets néfastes, nuisant de ce fait aux fondements de l'État de droit et aux droits démocratiques qui en découlent.

Dans ce contexte de multiplication des espaces de régulation, l'État se trouve concurrencé par des ordres quasi étatiques (Union européenne), intergouvernementaux (Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)), quasi privés (projet de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI)) ou carrément privés (nombre de réglementations techniques comme celles de l'International Organization for Standardization (ISO))²⁹.

26. B. STERN, «How to Regulate Globalization?», dans M. BYERS (dir.), *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 247, à la page 267.

27. O. AUDÉOUD, «L'État dans tous ses «États»... La résistance de l'État dans les bouleversements de cette fin de siècle», dans F. BORELLA (dir.), *Mélanges en l'honneur de François Borella: État, société et pouvoir à l'aube du XXI^e siècle*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1999, p. 21.

28. Selon Laïdi Zaki, la mondialisation transforme l'État puisqu'il devient «un acteur parmi d'autres sans pour autant perdre totalement ses prérogatives de garant de l'intérêt général». Selon les termes de l'auteur, l'État deviendrait un «acteur fractal». Voir Z. LAÏDI, «L'État mondialisé», *Esprit*, n° 288, octobre 2002, p. 136-137.

29. F. CRÉPEAU, «L'État de droit entre polyarchie multicentree et anarchie globalisée», (1997) 10 *R.Q.D.I.* 215, 223.

Cependant, au-delà de ce phénomène de multiplication des lieux producteurs de normes, se dessine une transformation de la fonction normative de l'État au sein d'un ordre pourtant issu en grande partie de la volonté même des États³⁰, l'ordre juridique international. Ainsi, certains phénomènes, très perceptibles en matière technoscientifique³¹, laissent à penser que l'État perd sa prérogative de décideur principal :

Ce retrait relatif de l'État de certains champs de régulation est associé à de nouvelles formes de « régulations » prenant le relais (régulations professionnelles [Comité de Bâle en matière bancaire], techniques [opérations sur les marchés des changes et des valeurs], technologiques [nucléaire, Internet], etc.), il en résulte une multiplication et une diversification des structures de décision dont la production normative régit des pans complets de l'activité humaine³².

Le droit international procéderait de moins en moins de la volonté des États. À côté du phénomène de recherche frénétique de nouvelles sources du droit international³³, qui, pour la plupart, se distancient du courant volontariste classique³⁴, s'en profilerait un nouveau, issu de l'accord des États, certes, mais procédant davantage des forces du marché que de celles de la volonté étatique. Dans cette optique, et par l'accord même des États, il y aurait une certaine dépossession de leurs fonctions normatives.

Pour illustrer notre propos, nous aurons recours à deux domaines bien connus en droit, soit celui de la normalisation technique, par lequel le scientifique bénéficie d'un large pouvoir, que nous aborderons au regard du droit de l'OMC et plus précisément de l'*Accord sur les mesures sanitaires*

30. Notre propos n'a pas pour objet de s'inscrire dans un débat d'idées relativement aux différentes théories quant aux fondements du droit international. Bien que le sujet soit passionnant, notre apparente référence au courant volontariste ou positiviste voulait plutôt accentuer l'effet de la transformation du rôle de l'État devant les changements provoqués par la mondialisation. Pour ceux qui s'intéressent à la question, voir : A. PELLET, « The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making », (1988-89) 12 *Aust.T.I.L.* 22.

31. C'est le cas, par exemple, dans les secteurs nucléaires, des télécommunications et des technologies biomédicales. Voir à cet effet, K. BOUSTANY, *loc. cit.*, note 21, 365.

32. K. BOUSTANY et autres, *loc. cit.*, note 9, 240.

33. F. ATTAR, *Le droit international public, entre ordre et chaos*, Paris, Hachette, 1994, p. 195.

34. Voir à cet effet A. PELLET, « Le « bon droit » et l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie », dans J.-P. COLIN et C. CHAUMONT (dir.), *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 465, à la page 465. Voir aussi : R.-J. DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatore : De la coutume sauvage à la soft law », dans SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (dir.), *L'élaboration du droit international public. Colloque de Toulouse*, Paris, Pedone, 1975, p. 132, à la page 134. Selon Franck Attar, cette perte en puissance du volontarisme, loin d'être souhaitable, souligne les déficiences du droit : F. ATTAR, *op. cit.*, note 33, p. 199.

et phytosanitaires (1.1.1), et celui de l'essor d'un droit de tiers ordre, ni national ni international mais plutôt transnational, fruit de l'incapacité des États « à appréhender toutes les réalités et les spécificités du commerce international³⁵ » (1.1.2).

1.1.1 La dépossession normative de l'État au regard du droit de l'OMC et de la normalisation technique adoptée par la Commission du *Codex Alimentarius* au profit du scientifique

Bien que le phénomène de dépossession normative puisse se vérifier dans la majorité des secteurs, il est notable que le rôle et la place de l'État ont été considérablement modifiés, voire contractés³⁶, sous l'effet de la mondialisation, dans le domaine de l'économie et du commerce international. Du moins, c'est dans cette sphère que les manifestations de la mondialisation sont les plus apparentes. La place prépondérante qu'occupe l'OMC dans l'aire normative en matière de libéralisation du commerce fait d'elle un des piliers de la mondialisation³⁷ et participe nécessairement au phénomène de dépossession normative.

Ainsi, cette dépossession s'articule évidemment à un niveau primaire, conséquence normale découlant du simple respect des accords internationaux liant les États membres. Toutefois, la référence aux normes hautement techniques d'organisations extérieures à l'OMC franchit un pas de plus et accentue l'ampleur de la délégation normative opérée pourtant par la volonté même des États. Afin d'illustrer ce propos, nous prendrons l'exemple de l'*Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires*³⁸—accord liant automatiquement tous les membres de l'OMC—qui reconnaît à la Commission du *Codex Alimentarius* la compétence d'adopter les normes techniques destinées ultérieurement à régir le commerce international des denrées alimentaires³⁹.

35. J.-F. RIFFARD, « Mondialisation de l'économie et internationalisation du droit des affaires : une abdication de l'État de droit ? », dans D. MOCKLE (dir.), *op. cit.*, note 12, p. 275, à la page 280.

36. G.A. LEBEL, « La mondialisation : une hypothèse économique galvaudée aux effets dramatiques », dans F. CRÉPEAU (dir.), *op. cit.*, note 24, p. 17, à la page 18.

37. G.A. LEBEL, *loc. cit.*, note 36, 22, distingue quatre piliers de la mondialisation : la Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI), l'OMC et le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD).

38. ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, [En ligne], 15 avril 1994, [www.wto.org/french/docs_f/legal_f/15-sps.pdf] (4 juillet 2006) [ci-après cité : « Accord SPS »].

39. Accord SPS. Les références au *Codex Alimentarius* se trouvent au préambule, aux articles 3 et 12 ainsi qu'à l'annexe A sous la définition de « Normes, directives et recommandations internationales ». L'article 2 (2) fait référence à des normes fondées sur

L'Accord SPS régit l'élaboration et l'application de mesures pouvant être prises pour protéger la vie et la santé des personnes et des animaux ainsi que pour préserver les végétaux, dans le but d'en limiter l'impact négatif sur le commerce international. Il a pour objet de s'assurer que la protection de la vie et de la santé ne puisse servir de prétexte à l'application de mesures protectionnistes déguisées⁴⁰. Dans ce contexte, l'Accord SPS permet qu'un État pose une limite au libre commerce à condition que celle-ci soit justifiée en vertu d'une norme sanitaire ou phytosanitaire. La Commission du *Codex Alimentarius*, entre autres⁴¹, détermine les normes en question.

La Commission du *Codex Alimentarius*, fruit d'un accord entre deux institutions, soit l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (Food and Agriculture Organization of the United Nations) (FAO) et l'Organisation mondiale de la santé (OMS), a été créée en 1963⁴² avec l'objectif « de protéger le consommateur et de promouvoir le commerce honnête, avec en toile de fond, *le souci de faciliter le commerce*⁴³ ». Référence internationale en matière d'innocuité des denrées alimentaires, elle produit un ensemble de normes, de directives, de codes d'usage et de recommandations surnommé simplement le « *Codex Alimentarius* ». Bien que son mandat originel ait davantage été de proposer des normes types aux pays en développement, le *Codex Alimentarius* voit maintenant son rôle

des principes dits « scientifiques ». ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Accord sur les obstacles techniques au commerce*, [En ligne], 15 avril 1994, [www.wto.org/french/docs_legal_f/17-tbt.pdf] (4 juillet 2006) [ci-après cité : Accord OTC]. L'article 2 (6) de cet accord énonce que, « en vue d'harmoniser le plus largement possible les règlements techniques, les Membres participeront pleinement, dans les limites de leurs ressources, à l'élaboration, par les organismes internationaux à activité normative compétents, de normes internationales concernant les produits pour lesquels ils ont adopté, ou prévoient d'adopter, des règlements techniques ». Il est aussi fait mention implicitement aux normes du *Codex Alimentarius* dans l'Accord OTC, ce dernier liant aussi automatiquement tous les membres de l'OMC.

40. Accord SPS, préambule.

41. Selon l'article 3 (4) de l'Accord SPS, d'autres organisations internationales participent à la détermination des normes sanitaires et phytosanitaires. C'est le cas de l'Office international des épizooties et des organisations internationales et régionales sous l'égide de la Convention internationale pour la protection des végétaux.

42. COMMISSION DU *CODEX ALIMENTARIUS*, *Comprendre le Codex Alimentarius*, Rome, FAO, 1999 ; aussi accessible en ligne [www.fao.org/documents/show_cdr.asp?url_file=/docrep/W9114F/W9114F00.htm] (4 juillet 2006).

43. J.-P. DOUSSIN, « Le *Codex Alimentarius* à l'heure de l'Organisation mondiale du commerce », (1995) 933 *Ann. Fals. Exp. Chim.* 281, 281 ; l'italique est de nous. Voir aussi : E. BOUTRIF, « The New Role of *Codex Alimentarius* in the Context of WTO/SPS Agreement », *Food Control*, vol. 14, n° 2, mars 2003, p. 84.

accru depuis que l'OMC considère la Commission du *Codex Alimentarius* comme une organisation internationale de référence⁴⁴.

Ainsi, la représentation aux sessions se fait sur une base nationale. Les délégations nationales sont dirigées par de hauts fonctionnaires nommés par leur gouvernement et peuvent comprendre des représentants de l'industrie agroalimentaire, d'organisations de consommateurs et d'établissements universitaires⁴⁵. La Commission du *Codex Alimentarius* compte 168 pays membres, ce qui représente près de 98 p. 100 de la population mondiale. Elle a adopté en juin et juillet 1999, lors de sa session tenue à Rome, certains principes concernant la participation des organisations non gouvernementales (ONG) à ses travaux. Celles-ci bénéficient d'un statut d'observateur qui leur permet de présenter leur point de vue tout au long du processus d'adoption, à l'exception de l'étape de la décision finale, qui demeure la prérogative des gouvernements membres.

Certains pays ont exercé une influence considérable sur les travaux de la Commission du *Codex Alimentarius* depuis sa création. Ainsi, les États-Unis, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande y ont été particulièrement actifs au sein, entre autres, du secrétariat, du comité exécutif et des consultations d'experts. Leur stratégie consiste en l'adoption de normes internationales peu contraignantes en vue de faciliter les exportations et en la fixation de niveaux de protection très élevés reposant sur des techniques scientifiques sophistiquées pour limiter les importations. L'Union européenne, dont chacun des États membres disposent d'une voix à la Commission du *Codex Alimentarius*, a tenté de faire contrepoids à ce groupement d'États en prônant l'adoption de normes préservant un haut niveau d'exigence sanitaire⁴⁶.

La procédure d'élaboration d'une norme alimentaire est très complexe et comporte de nombreuses étapes⁴⁷. Par conséquent, l'adoption d'une norme prend souvent plusieurs années. Les membres procèdent à l'adoption des normes par consensus, un vote n'étant envisageable qu'après

44. Accord SPS, 6^e par. du préambule, art. 3 (3), art. 12 (3) et annexe A.

45. COMMISSION DU *CODEX ALIMENTARIUS*, *op. cit.*, note 42.

46. J.-L. ANGOT, «Le *Codex Alimentarius* dans le nouveau contexte international», *Revue française des affaires sociales*, vol. 53, 1999, p. 56.

47. Avant qu'une norme soit adoptée, il faut compter un minimum de cinq étapes et un maximum de huit. Certaines d'entre elles peuvent toutefois être répétées. COMMISSION DU *CODEX ALIMENTARIUS*, *Manuel de procédure*, 15^e éd., [En ligne], 2005, [ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/ProcManuals/Manual_15f.pdf] (4 juillet 2006), p. 23-26.

l'échec des efforts⁴⁸. Dans ces conditions, l'adoption de plusieurs normes est retardée « dans l'attente de circonstances plus favorables à l'émergence d'un consensus⁴⁹ ».

La Commission du *Codex Alimentarius* dit tenir compte des intérêts des consommateurs dans ses travaux, mais elle reconnaît « que c'est à l'échelon national que ces derniers peuvent fournir leur contribution la plus précieuse⁵⁰ ». La participation citoyenne demeure donc fortement dépendante de l'assentiment des États.

Fait intéressant, l'adoption des normes est conditionnelle aux externalités économiques positives ou négatives que l'adoption et l'application de la norme pourraient causer. Une attention particulière est donc accordée aux incidences économiques éventuelles de l'adoption de la norme⁵¹. Par cette disposition figurant au manuel de procédure de la Commission du *Codex Alimentarius*⁵², il appert que les États ont voulu faire de la libéralisation des échanges un pivot central dans la création des normes alimentaires.

L'adoption des normes du *Codex Alimentarius* repose avant tout sur des données scientifiques⁵³. Des experts internationaux venant de toutes les disciplines siègent au sein de comités permanents de la Commission du *Codex Alimentarius* et des consultations d'experts ponctuelles assurent l'échange de l'information scientifique⁵⁴. Depuis quelques années, mais surtout en raison des préoccupations du public européen quant à la ques-

48. À la suite de l'adoption par un vote très serré de certaines normes, la Commission du *Codex Alimentarius* a décidé de modifier son règlement intérieur afin que tout soit dorénavant mis en œuvre pour permettre l'adoption des normes par consensus : COMMISSION DU CODEX ALIMENTARIUS, *Rapport de la vingt-troisième session du Comité du Codex sur les principes généraux*, [En ligne], 1999, [www.codexalimentarius.net/download/report/518/A199_37f.pdf] (4 juillet 2006), p. 99. Voir aussi : J. BIZET, *Rapport d'information n°450*, [En ligne], 2000, [www.senat.fr/rap/r99-450/r99-4501.pdf] (4 juillet 2006) [ci-après cité : « Rapport Bizet »].

49. COMMISSION DU CODEX ALIMENTARIUS, *op. cit.*, note 42.

50. *Ibid.*

51. *Ibid.*

52. COMMISSION DU CODEX ALIMENTARIUS, *op. cit.*, note 47.

53. S.C. HATHAWAY, « Risk Assessment Procedures Used by the *Codex Alimentarius* Commission and its Subsidiary and Advisory Bodies », *Food Control*, vol. 4, n° 4, 1993, p. 189-201.

54. Chacun des comités de la Commission du *Codex Alimentarius* se réunit à intervalles réguliers. Par exemple, le Comité du *Codex* sur les principes généraux se réunit annuellement à Paris. La dernière réunion de ce comité s'est déroulée du 11 au 15 avril 2005. Pour de plus ample détails, voir COMMISSION DU CODEX ALIMENTARIUS, *Rapport de la vingt-deuxième session du Comité du Codex sur les principes généraux*, [En ligne], 2005, [www.codexalimentarius.net/download/report/640/al2833af.pdf] (4 juillet 2006).

tion des injections d'hormones de croissance aux bovins⁵⁵, les membres de la Commission du *Codex Alimentarius* ont amorcé une réflexion sur la prise en considération de facteurs autres que scientifiques dans le processus d'élaboration des normes⁵⁶. En 1995, la Commission du *Codex Alimentarius* a adopté quatre déclarations de principes. Deux d'entre elles présentent un intérêt aux fins de notre démonstration. La première confirme le rôle fondamental que joue la science dans le processus de prise de décision de la Commission du *Codex Alimentarius*⁵⁷. La seconde concerne le fait de tenir compte d'*autres facteurs légitimes* dans l'élaboration des normes du *Codex Alimentarius* et est ainsi rédigée :

En élaborant des normes alimentaires et en prenant des décisions à leur sujet, le *Codex Alimentarius* doit tenir dûment compte, le cas échéant, d'autres facteurs légitimes ayant une importance pour la *protection de la santé du consommateur* et la *promotion de pratiques loyales dans le commerce* des denrées alimentaires⁵⁸.

Les discussions sur ce thème se déroulent dans le contexte du Comité du *Codex* sur les principes généraux et la deuxième déclaration définit en quelque sorte les bases de son mandat⁵⁹. La France qui en est l'hôte, appuyée surtout par les autres pays de l'Union européenne, reconnaît l'importance que joue la science en matière alimentaire, mais elle milite en faveur d'un recours à d'autres facteurs tels que la perception et l'accepta-

55. Pour un historique de la question, voir : D. JUKES, « The Role of Science in International Food Standards », *Food Control*, vol. 11, n° 3.

56. Cette réflexion s'est amorcée lorsqu'en 1991 l'Union européenne a demandé que la norme destinée à fixer une limite maximale de résidus d'hormones de croissance tienne compte des préoccupations des consommateurs européens. COMMISSION MIXTE FAO/OMS DU CODEX ALIMENTARIUS, *Rapport de la dix-neuvième session de la commission du Codex Alimentarius*, [En ligne], 1991, [www.fao.org/docrep/meeting/005/t0490f/t0490f00.htm] (4 juillet 2006).

57. La première déclaration se lit comme suit : « Les normes alimentaires, directives et autres recommandations du *Codex Alimentarius* doivent reposer sur une analyse et sur des preuves scientifiques objectives, après un examen approfondi de toutes les données pertinentes, de façon que les normes garantissent la qualité et la sécurité des approvisionnements alimentaires ». Voir *infra*, note 58.

58. Les quatre déclarations se trouvent dans : COMITÉ DU CODEX SUR LES PRINCIPES GÉNÉRAUX, *Rapport de la treizième session du Comité du Codex sur les principes généraux*, [En ligne], 1998, [www.codexalimentarius.net/download/report/86/A199_33f.pdf] (4 juillet 2006), par. 50 ; l'italique est de nous.

59. Le programme du Comité sur les principes généraux à moyen terme pour 1998-2000, approuvé par la Commission du *Codex Alimentarius*, comportait l'élaboration de « directives relatives à l'application et à l'interprétation en matière de gestion des risques de facteurs légitimes autres que des données scientifiques applicables à la protection de la santé des consommateurs et [de] directives pour la promotion de pratiques équitables en matière de commerce des denrées alimentaires » : COMMISSION DU CODEX ALIMENTARIUS, *op. cit.*, note 48, p. 96.

tion du risque par le consommateur, la préservation des équilibres économiques et sociaux essentiels, la protection de l'environnement, ainsi que d'autres préoccupations des consommateurs⁶⁰. Certaines délégations vont même jusqu'à vouloir inclure dans la notion les facteurs religieux et éthiques⁶¹. D'autres délégations, avec en tête les États-Unis, refusent d'élargir le débat à d'autres facteurs légitimes. À leur avis, la question des autres facteurs légitimes est limitée par la deuxième déclaration de principes et, conséquemment, ils doivent se rapporter à la protection de la santé des consommateurs et à la promotion des pratiques loyales dans le commerce des denrées alimentaires⁶². Ces délégations ajoutent que la Commission du *Codex Alimentarius* n'a pas pour mandat de s'occuper des préoccupations environnementales⁶³.

Cette façon de concevoir les activités de la Commission du *Codex Alimentarius* s'inscrit certes dans une logique juridique implacable : celui-ci a pour objet d'assurer l'innocuité des denrées alimentaires en se fondant sur des critères scientifiques. Les considérations environnementales, sociales et autres ne devraient donc pas faire partie des discussions. Or, cette logique appartient à une autre époque et doit maintenant être considérée comme archaïque puisqu'elle ne tient pas compte des développements apportés par la référence qu'opère le droit de l'OMC à l'égard des normes du *Codex Alimentarius*. En fait, nous l'avons vu, ces normes agissent dorénavant à titre d'indicateur pour les pays qui voudraient adopter une mesure sanitaire dans le contexte de l'OMC. Dans le cas où cette mesure aurait pour conséquence de restreindre le commerce, les États, en vertu de l'Accord SPS, auront l'obligation de démontrer que la mesure s'appuie sur une norme du *Codex Alimentarius* ou est justifiée scientifiquement. Par conséquent, ce procédé juridique ne laisse aucune place aux autres facteurs légitimes. Si le *Codex Alimentarius* ne tient pas compte des autres facteurs légitimes, les États ne pourront pas à l'échelle nationale déterminer ceux qu'ils veulent appliquer concernant un produit. Pour sa part, la délégation des États-Unis considère que les critères constitutifs des choix de société doivent être appliqués à l'échelle nationale : « les choix de société incombent aux gouvernements et ne constituaient pas des mesures de gestion des

60. J.-L. ANGOT, *loc. cit.*, note 46, 57.

61. COMITÉ DU CODEX SUR LES PRINCIPES GÉNÉRAUX, *Rapport de la quatorzième session du Comité du Codex sur les principes généraux*, [En ligne], 1999, [www.codexalimentarius.net/download/report/87/A19933af.pdf] (4 juillet 2006), au par. 71.

62. COMITÉ DU CODEX SUR LES PRINCIPES GÉNÉRAUX, *Rapport de la quinzième session du Comité du Codex sur les principes généraux*, [En ligne], 2000, [www.codexalimentarius.net/download/report/88/A101_33f.pdf] (4 juillet 2006), au par. 88.

63. COMITÉ DU CODEX SUR LES PRINCIPES GÉNÉRAUX, *op. cit.*, note 61, par. 65.

risques⁶⁴». Cette déclaration est pragmatique, mais elle demeure surprenante de la part d'un État qui connaît très bien les rouages du système de l'OMC et qui sait qu'un État membre de l'OMC ne peut dorénavant prendre une mesure au niveau national qui ne pourrait se justifier selon une analyse scientifique des risques strictement encadrée par l'Accord SPS ou au regard d'une norme élaborée dans le *Codex Alimentarius*⁶⁵.

Car, rappelons-le, en vertu du droit de l'OMC, un État peut adopter une mesure sanitaire dans le but de protéger la vie et la santé des personnes ou des animaux ou encore de préserver les végétaux sous réserve que cette mesure soit compatible avec l'Accord SPS. Pour l'être, la mesure doit satisfaire, entre autres, à trois conditions : elle doit être fondée sur des principes scientifiques ; elle doit respecter le principe de proportionnalité ; et elle ne peut créer de discrimination entre les membres de l'OMC⁶⁶. Si la mesure adoptée respecte une norme élaborée par le *Codex Alimentarius*, elle est réputée compatible avec les dispositions de l'Accord SPS. Un État peut toutefois s'écarter d'une norme adoptée en vertu du *Codex Alimentarius* dans le but d'en appliquer une plus restrictive pour le commerce⁶⁷. Dans ces circonstances, il serait possible de penser que l'État a préservé son pouvoir de décision. Cette conclusion semble aller de soi, puisque, soulignons-le, les normes adoptées dans le contexte de la Commission du *Codex Alimentarius* sont fixées sous forme de recommandations et, malgré la référence que le droit de l'OMC opère, leur valeur juridique demeure inchangée⁶⁸. Cependant, cette marge de manœuvre de l'État s'amincit au profit d'un

64. COMITÉ DU *CODEx* SUR LES PRINCIPES GÉNÉRAUX, *op. cit.*, note 62, par. 88.

65. Le professeur Romi rappelle le libellé de l'article 12 de l'Accord SPS afin de mettre en relief le pouvoir qu'exerce l'OMC sur le *Codex Alimentarius* : « Le Comité [des mesures sanitaires et phytosanitaires] élaborera une procédure pour surveiller le processus d'harmonisation internationale et l'utilisation des normes, directives ou recommandations internationales. » Selon le professeur Romi, il s'agit d'une première troublante dans l'histoire du droit international, car « l'irruption de ce système de *lex specialis* dans un autre système, antérieur, authentiquement mondial, jouissant du support et de la légitimité de la FAO et de l'OMS et visant un autre objet, multifonctionnel au demeurant, peut heurter des sensibilités, parce que teinté de violence ou d'arrogance » : R. ROMI, « *Codex Alimentarius* : de l'ambivalence à l'ambiguïté », (2001) *Revue juridique de l'environnement* 201, 204.

66. Accord SPS, art. 2 (2) et (3).

67. Accord SPS, art. 3 (3).

68. Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (Plainte des États-Unis et du Canada)* (1998), OMC Doc. WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R (rapport de l'Organe d'appel), par. 165 [ci-après citée : « affaire *Hormones* »]. Le Comité SPS a lui-même confirmé ce point de vue dans une réponse qu'il a transmise au comité exécutif du Codex selon laquelle l'Accord SPS n'établit aucune distinction entre les termes « norme », « lignes directrices » ou « recommandations » et

autre acteur reconnu par l'OMC, le scientifique. Ainsi, une fois encore, il y a dévitalisation de la fonction normative étatique dans le contexte de l'OMC puisque l'Accord SPS considère le risque sanitaire comme arbitre ultime du libre-échange. En effet, lorsqu'un État adopte une norme plus sévère que celle qui est reconnue dans le *Codex Alimentarius* et impose une restriction au commerce en matière alimentaire, une évaluation du risque doit être produite. Cette dernière devra tenir compte des techniques d'évaluation élaborées par les organisations internationales compétentes⁶⁹ et être fondée sur des principes scientifiques⁷⁰. Dans cette optique, une absence de preuves scientifiques suffisantes⁷¹ et le recours à d'autres facteurs légitimes, tels que des raisons éthiques ou religieuses, ne pourront pas justifier le maintien d'une mesure compatible avec l'Accord SPS. L'État n'a alors pas de marge de manœuvre, et le citoyen subit les conséquences d'un droit nivelé selon la donne scientifique, internationalement reconnue⁷².

Il existe une exception à cette règle. En l'absence de preuves scientifiques suffisantes, et non en situation d'incertitude scientifique démontrant le danger d'accepter l'importation d'un produit, l'Accord SPS permet aux États de maintenir la mesure SPS provisoirement sur la base des renseignements disponibles, mais à la condition qu'ils mènent des études leur permettant d'obtenir une «évaluation plus objective du risque [...] dans un délai raisonnable⁷³». Certains assimilent cette disposition à une reconnaissance du principe de précaution au sein de l'OMC⁷⁴. D'autres croient que l'Accord SPS constitue un excellent exemple d'équilibre entre l'approche

qu'il n'existe aucune obligation de la part des États membres de l'OMC d'appliquer l'un ou l'autre des textes du *Codex Alimentarius*. COMITÉ DU CODEX SUR LES PRINCIPES GÉNÉRAUX, *op. cit.*, note 58, par. 50.

69. Accord SPS, art. 5 (1).

70. Accord SPS, art. 2 (2) et 5 (2).

71. Cette expression n'est pas définie par l'Accord SPS. Cependant, David Luff déduit de la *jurisprudence* pertinente de l'Organe d'appel que la preuve doit répondre aux critères «[de] systématité, [de] rigueur et [d']objectivité» : D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 275.

72. Même dans les discussions menées concernant les «autres facteurs légitimes», certains prônent la prise en considération des seuls autres facteurs acceptés au niveau mondial. Voir à cet effet la déclaration de la délégation de l'Uruguay : COMITÉ DU CODEX SUR LES PRINCIPES GÉNÉRAUX, *op. cit.*, note 61, par. 72.

73. Accord SPS, art. 5 (7). La notion de délai a été interprétée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Mesures visant les produits agricoles (Plainte des États-Unis)* (1999), OMC Doc. WT/DS76/AB/R (rapport de l'Organe d'appel), par. 92 et suiv. [ci-après citée : «affaire Japon – Produits agricoles»], ainsi que dans *Japon – Mesures visant l'importation de pommes (Plainte des États-Unis)* (2003), OMC. Doc. WT/DS245/AB/R (rapport de l'Organe d'appel), p. 74-75 [ci-après citée : «affaire Japon – Pommes»].

74. Affaire *Hormones*, précitée, note 68, par. 124.

scientifique et le principe de précaution⁷⁵. Quant aux États-Unis, ils refusent de considérer le principe de précaution comme pouvant être inclus dans la liste des autres facteurs légitimes⁷⁶. Nous sommes plutôt d'avis que l'Accord SPS prévoit une approche de précaution extrêmement limitée et circonscrite. Nous aurons l'occasion de discuter dans la seconde partie de notre article d'une vision plus classique du principe de précaution, principe qui constitue, selon nous, davantage un moyen de légitimer la voie citoyenne que d'assimiler la preuve scientifique à un choix de société.

Notre présentation succincte du mécanisme institué par l'OMC permet de constater à quel point l'adoption par les États des accords de Marrakech, accords dits cadres de l'OMC, a réduit la marge de manœuvre étatique en matière de réglementations sanitaires. La destinée des produits alimentaires se trouve dorénavant emprisonnée dans une logique qui ne laisse que peu de place aux critères autres que commerciaux et scientifiques. Dès lors qu'un État entend s'écarter d'une norme du *Codex Alimentarius*, il doit posséder une réelle capacité d'argumentation scientifique et budgétaire. Sur le plan scientifique⁷⁷, il doit démontrer que la mesure devait être prise en vue de soustraire sa population à un risque pour sa vie ou sa santé. Par conséquent, il doit posséder suffisamment de ressources lui permettant de mener, au besoin, une bataille judiciaire à l'occasion de laquelle il aura le fardeau de démontrer, preuves scientifiques à l'appui, qu'il y a risque pour la santé ou la vie de sa population⁷⁸. Si les données scientifiques sont insuffisantes, il devra s'engager à poursuivre un examen objectif du risque dans un délai raisonnable⁷⁹. À ces conditions, considérant le haut niveau de technicité des questions susceptibles d'être soulevées, une partie importante des membres de l'OMC devront plier l'échine, puisqu'ils ne possèdent pas les ressources scientifiques et monétaires nécessaires au maintien de leur mesure restrictive⁸⁰. Une voie s'imposera à eux : respecter

75. K.A. AMBROSE, « Science and the WTO », (2000) 31 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 861, 862.

76. COMITÉ DU CODEX SUR LES PRINCIPES GÉNÉRAUX, *op. cit.*, note 61, par. 65.

77. Rapport Bizet, précité, note 48.

78. Certes le fardeau de preuve repose avant tout sur l'État plaignant. Ce dernier n'est toutefois tenu d'apporter qu'un commencement de preuve d'incompatibilité avec une disposition particulière de l'Accord SPS, c'est-à-dire une preuve *prima facie*. Une fois faite, la charge de la preuve passe à la partie défenderesse, qui doit à son tour repousser ou réfuter l'incompatibilité alléguée. Affaire *Hormones*, précitée, note 68, par. 98 ; États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde (plainte de l'Inde) (1997), OMC Doc. WT/DS33/AB/R (rapport de l'Organe d'appel), p. 15-16.

79. Affaire Japon – Produits agricoles, précitée, note 73, par. 93.

80. La majorité des pays membres de la Commission du *Codex Alimentarius* sont des pays en développement.

les normes adoptées par la Commission du *Codex Alimentarius*, normes qui, rappelons-le, répondent avant tout aux impératifs économiques et qui, pour l'heure, ne tiennent compte que du risque scientifique avéré.

Dans ce contexte, l'État se trouve dépossédé de sa fonction normative. Il doit se conformer aux normes internationales adoptées suivant des critères scientifiques dans un dessein économique. Une fois la norme adoptée, malgré quelques fois un très haut niveau d'opposition à son adoption⁸¹, ni sa volonté, encore moins celle de ses citoyens, n'est prise en considération. Les valeurs non scientifiques deviennent sans pertinence⁸², et le choix de société est relégué bien bas, la normalisation technique assurant désormais l'élaboration des normes internationales, susceptibles de s'appliquer à tous, sans discrimination ni limites frontalières, pour assurer la libre circulation des marchandises, des denrées alimentaires ou de produits dont l'innocuité soulève le doute.

Les activités de la Commission du *Codex Alimentarius* constituent un exemple probant de la dislocation des liens entre les États et la légalité qui les caractérise (la structure) et les citoyens (la substance) dans le contexte de la mondialisation. En effet, ces activités mettent en exergue le rôle normatif croissant de la science : « [D]ans notre société la science est dans une large mesure devenue une idéologie. Que la norme aujourd'hui soit obligée de s'appuyer sur la légitimité scientifique pour s'imposer en tant que telle, traduit un phénomène de perversion de la science et un affaiblissement concomitant de la légitimité du droit⁸³. »

De plus en plus, la science acquiert un pouvoir normatif et s'insère au sein même des rapports qu'entretient l'État avec les citoyens, ce qui provoque la dislocation du continuum institutionnel qui les unissait en

81. Prenons, par exemple, le cas de la norme adoptée en vertu du *Codex Alimentarius* concernant la limite maximale de résidus d'hormones de croissance contenus dans le bœuf. En raison d'un débat houleux quant à la prise en considération ou non des critères autres que scientifiques, une douzaine d'années de négociation ont été nécessaires à l'adoption de la norme, ce qui a été fait avec une très faible majorité : 33 États ont voté en faveur de son adoption, 29 s'y sont opposés, tandis que 7 États se sont abstenus de voter. Malgré ces résultats, la norme a été adoptée et, sur cette base, le Canada et les États-Unis ont porté plainte à l'organe de règlement des différends de l'OMC puisque l'Union européenne avait préféré appliquer un standard supérieur à la norme adoptée, justifiant de ce fait un moratoire sur la viande importée.

82. L'Organe d'appel a reconnu que des considérations propres aux sciences humaines étaient acceptables, mais à condition que l'analyse des risques relève d'un examen « systématique, rigoureux et objectif ». Affaire *Hormones*, précitée, note 68, par. 187.

83. S. CHARBONNEAU, « Norme juridique et norme technique », (1983) 28 *Archives de philosophie du droit* 283, 290. Voir aussi J. HABERMAS, *Technique et science comme idéologie*, Paris, Gallimard, 1990.

les soumettant au pouvoir de la science. Ainsi, l'État de droit, qui trouvait jadis sa validité en se soumettant au droit, mue et devient un État de science, puisant dorénavant dans l'expertise scientifique sa validité. Dès lors, quelles « voies de science » ou « recours de science » demeurent accessibles aux citoyens pour la défense de leurs droits fondamentaux dans ce domaine précis ?

À la lumière des remarques précédentes, nous constatons que le citoyen est doublement restreint dans les modalités de participation à l'élaboration de la norme. Dans un premier temps, sa participation est soumise à l'assentiment des États qui, nous l'avons vu, se trouvent fortement affaiblis par la mondialisation elle-même. Dans un second temps, la procédure d'élaboration de la norme est soumise à une logique mercantile qui ne tient pas compte des critères sociaux, du choix sociétal ou encore simplement du bien commun.

1.1.2 La dépossession normative de l'État au regard de l'augmentation de l'importance du droit transnational au profit des marchands

Parallèlement à ce constat, propre à la réalité de l'OMC, la prise en considération croissante d'un droit transnational, droit de tiers ordre, situé entre le droit international et le droit national, participerait à l'effritement de la fonction normative des États. Ainsi vu, ce droit d'autorégulation, opposant la « souveraineté » des marchés à la souveraineté de l'État, aussi connu sous le nom de *lex mercatoria* ou de *loi des marchands*, découlerait non pas d'un accord entre États, mais plutôt de principes généraux, d'usages du commerce international, de pratiques commerciales plus ou moins codifiées, de pratiques contractuelles habituellement suivies et de règles professionnelles reconnues dans le milieu⁸⁴. Il s'agirait donc d'un droit issu de la science économique, instrumentalisé par les marchés et en faveur de ceux-ci où le principe d'autorégulation est étendu aux fonctions de surveillance, les entreprises bénéficiant ainsi d'une présomption de conformité aux normes sur la base de leur seule déclaration de fabricant⁸⁵ :

Les régimes privés globaux définissent de plus en plus un droit matériel sans État, sans législation nationale et sans traités internationaux. Partout prolifèrent des réglementations, des associations et des modes privés de règlement des litiges, bref le droit s'élabore « à côté de l'État »⁸⁶.

84. J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, Montchrestien, 2003, p. 51.

85. J.-C. GRAZ, *loc. cit.*, note 1, 236. Jody Freeman, dans le contexte du droit administratif américain, affirme que la *self-regulation* des entreprises et consortiums privés « can, moreover, generate effective regulatory tools » : J. FREEMAN, « The Private Role in Public Governance », (2000) 75 *N.Y.U. L. Rev.* 543, 648.

86. G. TEUBNER, *loc. cit.*, note 18, 199.

Plusieurs raisons expliquent le recours toujours grandissant à la régulation privée. D'abord, le haut niveau de technicité de certains domaines expliquerait en partie le phénomène⁸⁷. Ensuite, l'impuissance des États à réglementer certaines activités complèterait probablement cette explication⁸⁸. Enfin, il ne faut pas négliger l'intérêt évident de certains acteurs privés à se soustraire au corpus normatif étatique et à créer eux-mêmes les règles auxquelles ils se soumettront.

Ce droit, par sa logique, a un impact similaire sur les relations entre l'État et les citoyens décrites précédemment dans le contexte de la Commission du *Codex Alimentarius*. En effet, ce droit soumet l'État et les citoyens, ainsi que leurs rapports mutuels, à la logique de la science économique et disloque le continuum institutionnel établi. La validation des normes et des rapports État de droit—citoyens s'effectue à la lumière des externalités positives que ces derniers ont engendrées.

Loin d'être décrié, ce droit transnational semble gagner la faveur de ceux qu'il départit. Ainsi, en 1997, le secrétaire général des Nations Unies lançait un programme ayant pour objet d'associer aux actions de l'organisation des firmes multinationales, des syndicats et des ONG⁸⁹. Certes,

87. Les États ne disposent pas toujours des ressources techniques et humaines nécessaires, ce qui se traduirait par un déficit d'expertise publique : N. de SADELEER et C. NOIVILLE, «La gestion des risques écologiques et sanitaires à l'épreuve des chiffres. Le droit entre enjeux scientifiques et politiques», [2001] *Revue du droit de l'Union européenne* 389, 427-428

88. Par exemple, en matière de réglementation d'Internet, les normes se développent surtout à travers des organismes techniques informels. À cet effet, voir Z. LAÏDI, *loc. cit.*, note 28, 147 et suiv.

89. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 41 ; voir à cet effet, *Développement durable et coopération économique internationale : Relance du dialogue sur le renforcement de la coopération internationale pour le développement par le partenariat – Lettre datée du 9 mars 1998, adressée au secrétaire général par les représentants permanents du Japon et du Sénégal auprès de l'Organisation des Nations Unies*, Doc. off., AG NU, 53^e session, Doc. NU A/53/85 (1998) ; *Rapport du Corps commun d'inspection sur les politiques et pratiques en matière d'utilisation des services de sociétés-conseils privées dans les organisations du système des Nations Unies – Note du secrétaire général*, Doc. off., AG NU, 54^e session, Doc. NU A/54/702 (1999) ; *Rapport du Corps commun d'inspection sur les relations entre le secteur privé et le système des Nations unies – Note du secrétaire général*, Doc. off., AG NU, 54^e session, Doc. NU A/54/700 ; *Vers des partenariats mondiaux*, Rés. AG, Doc. off., AG NU, 55^e session, Doc. NU A/RES/55/215 (2001) – résolution reprise à la 56^e session de l'AG Doc. NU A/RES/56/76 ; *Coopération entre l'Organisation des Nations Unies et tous les partenaires concernés, en particulier le secteur privé – Rapport du secrétaire général*, Doc. off., AG NU, 56^e session, Doc. NU A/56/323 (2001) et la *Déclaration du Millénaire*, Rés. AG, Doc. off. AG NU, 55^e session, Doc. NU A/RES/55/L.2 (2000).

l'entreprise privée ne remplace pas l'État dans son rôle régulateur⁹⁰. La *lex mercatoria* agit à titre complémentaire dans un domaine dont l'État ne s'est pas saisi à temps. De même, il est clairement établi que, loin de constituer un ordre juridique à part, la *lex mercatoria* n'aurait que peu de poids si elle ne bénéficiait pas du support étatique⁹¹: « It must be emphasized that these rules are ultimately subordinate to State law, in so far as they are not spontaneously enforced⁹². »

Il n'en demeure pas moins que ce type de régulation, étranger à l'intervention de l'État, reçoit une certaine application. Évidemment non tenus de prendre en considération les valeurs autres qu'économiques ou encore les intérêts globaux d'une société, les acteurs privés s'attachent surtout à défendre dans leur législation des valeurs issues des systèmes économique et technoscientifique. Il y aurait donc davantage mondialisation des normes marchandes que socialisation des normes internationales, l'objectif étant d'« établir un marché mondial le plus déréglementé possible dans lequel la mondialisation n'intervient que lorsqu'elle accroît la valeur actionnariale⁹³ ».

La pénétration du secteur normatif par des acteurs privés, notamment les entreprises multinationales, soulèvera d'autres problèmes majeurs au cours des prochaines années. Dépendant de la sphère économique, le processus normatif subira les contrecoups de la concentration des entreprises. Cette situation influera sur la normativité en ce sens que nous pouvons prévoir la création d'oligopoles privés de la normativité, ce qui est d'ailleurs déjà fortement entamé par l'ISO, et, de ce fait, un affaiblissement proportionnel des capacités étatiques dans ces secteurs. Le développement fulgurant du droit transnational constitue une illustration probante du phénomène.

1.2 Une modification du pouvoir normatif de l'État qui fait craindre pour l'État de droit

Dans le contexte de la mondialisation, l'État voit plusieurs de ses fonctions s'estomper. Le principe de l'État de droit s'en trouve conséquemment touché. Ainsi, nous l'avons vu, la mondialisation influe sur la justiciabilité de certains droits au nom de la conception ultralibérale

90. J.-C. GRAZ, *loc. cit.*, note 1, 235.

91. Par exemple, pour assurer le respect de la *lex mercatoria*, il faut compter sur la traditionnelle sanction étatique. Voir à cet effet: J.-B. AUBY, *op. cit.*, note 84, p. 69.

92. B. STERN, *loc. cit.*, note 26, 262-263.

93. J.-C. GRAZ, *loc. cit.*, note 1, 235.

de l'économie⁹⁴—comme c'est le cas avec la *lex mercatoria*—et, du fait de la multiplication des acteurs normatifs, elle contribue à la *dé légitimation* du droit, au profit de la science utilisée à des fins marchandes, car l'économie, et non plus la loi, sanctionne l'action⁹⁵. La multiplication des acteurs normatifs, combinée à une «logique de privatisation généralisée [...] tend à dépouiller l'État de tout ce qui ne se réduit pas à ses strictes fonctions régaliennes, et donc à paralyser de nombreux secteurs de sa capacité normative interne⁹⁶».

Comme instance de régulation fonctionnelle, l'État subit donc de profondes mutations auxquelles il n'était pas préparé⁹⁷. Il est dépossédé de ses capacités, alors qu'il est supposé traduire le double phénomène d'*impersonnalisation* et de pérennisation du pouvoir⁹⁸. Quant au principe de l'État de droit, plusieurs fonctions qui lui sont normalement imparties s'en trouvent modifiées. Il ne peut plus agir à titre de soupape relativement aux dégâts sociaux de l'économie libérale, aux inégalités et à l'insécurité économique⁹⁹.

En effet, cette multitude d'acteurs et la dépossession normative de l'État qui s'ensuit ébranlent les fondements mêmes de l'État de droit.

Dans un premier temps, se pose la question du lieu de la *positivisation* de la norme qui assure sa validité et sa légitimité. Il appert que ce lieu s'est démultiplié, mais a aussi perdu son pouvoir de *positivisation* que seul le consensus social fondé sur le débat démocratique pouvait assurer : «[Cela s'accompagne] d'une séparation conceptuelle et institutionnelle stricte de la normativité et de la validité, donc d'une séparation entre la constitution matérielle des normes dans la société et leur validation juridique¹⁰⁰».

Dans un second temps, si la positivité des normes issues du secteur privé est acceptée, la question de la justiciabilité et de l'opposabilité desdites normes se pose. En effet, dans ce contexte, la perception du phénomène judiciaire par le citoyen risque d'être modifiée négativement. L'incorporation directe ou l'intégration par référence¹⁰¹ des normes internationales

94. J.-Y. MORIN, *loc. cit.*, note 12, 123.

95. G.A. LEBEL, *loc. cit.*, note 36, 29.

96. S. SUR, «L'État entre l'éclatement et la mondialisation», (1997) 30 *R. B.D.I.* 5, 11.

97. K. BOUSTANY et autres, *loc. cit.*, note 9, 239 : «En réalité, le rôle et la place de l'État en matière d'élaboration normative n'ont pas encore été repensés ou à tout le moins réexaminés dans la perspective de la fonction du droit dans nos sociétés industrielles technologiques propulsées dans la sphère de la mondialisation.»

98. O. BEAUD, «Ouverture : L'honneur perdu de l'État», (1992) 15 *Droits* 3, 5.

99. P. BREAUD, *La démocratie politique*, Paris, Seuil, 2003, p. 195.

100. G. TEUBNER, *loc. cit.*, note 18, 202.

101. K. BOUSTANY et autres, *loc. cit.*, note 9, 245.

dans l'administration publique, court-circuitant ainsi les mécanismes parlementaires, annoncerait «un renforcement des pouvoirs discrétionnaires de l'administration pouvant alors transiger directement avec des groupes d'industriels et financiers (instance d'auto-régulation)¹⁰²». Le développement des normes infraréglementaires et les problèmes de publicité qu'il sous-tend mineront la capacité de l'État de droit à assurer la justiciabilité et l'opposabilité de la norme tout en rendant le processus juridique imprévisible. La croissance et la multiplication des lieux ou espaces de la normativité influent donc négativement sur la coordination nécessaire au maintien du tissu social, fondement de l'ordre juridique¹⁰³. La cohésion de ce dernier repose pourtant sur un minimum d'uniformité et d'égalité¹⁰⁴. Or, l'absence de cohésion constitue, pour certains, une justification pour désertir l'ordre juridique étatique et se tourner vers des modes autres de règlement des différends, ce qui favorise ainsi l'émergence d'une justice à deux vitesses et mine du même coup l'État de droit¹⁰⁵.

Dans cette optique, les notions de recherche du bien commun et d'État de droit tendent à s'effacer. La dissolution des espaces publics entraîne la création incohérente de nouveaux espaces sectoriels et privés, de nouveaux lieux de détermination du bien commun, et elle perd sa connotation communautaire. Cela provoque ainsi une dénaturation du terme même : «La logique des biens et services, dont la livraison de biens et services essentiels, se substitue à celle des droits sociaux et économiques. Le marché public remplace le bien commun et les institutions qui en garantissent les conditions de bénéfice et d'accès¹⁰⁶.»

Le rôle de l'État devient dès lors celui d'arbitre dans la répartition des bénéfices possibles : «Ce faisant, il substitue la recherche de l'équité de répartition à celle de l'égalité de statut¹⁰⁷.» De cette situation, une question cruciale surgit, soit celle de la légitimité des normes ainsi produites.

102. *Ibid.*

103. M. VIRALLY, *op. cit.*, note 2, p. 186. Cet auteur définit l'ordre juridique comme l'«ensemble des normes valables à l'égard d'une société déterminée».

104. *Id.*, p. 184.

105. K. BOUSTANY et autres, *loc. cit.*, note 9, 247. La justice à deux vitesses se référerait ici, d'une part, au système national interne au sein duquel les juges démontrent une réticence à appliquer les normes non issues de leur cadre référentiel classique et, d'autre part, au système d'arbitrage parallèle susceptible de se mettre en place et plus enclin à reconnaître une portée aux normes non étatiques.

106. F. CRÉPEAU, «Conférence de clôture : la difficile insertion de l'État de droit dans le paradigme de la mondialisation», dans D. MOCKLE (dir.), *op. cit.*, note 12, p. 399, à la page 408.

107. *Ibid.*

1.3 Une dévitalisation des principes fondamentaux de l'État de droit menant à un problème de légitimité du politique à l'égard des citoyens

La dépossession normative illustrée précédemment pose directement la question de la légitimité de la norme produite et imposée à la population, puisque, en fin de compte, elle la valide¹⁰⁸.

La légitimité juridique accordée à une norme doit trouver sa source dans un processus démocratique effectif¹⁰⁹. Est-ce à dire que la légitimité d'une norme doit être liée au seul consentement de la société à qui elle se destine ? Elle doit plutôt se matérialiser ou se traduire dans la réalité par une participation citoyenne continue, par une discussion entre la population et le pouvoir¹¹⁰. Ainsi, dans un État de droit, les décisions prises par le pouvoir public engageant la collectivité doivent se légitimer par rapport au droit légitimement édicté, c'est-à-dire par rapport au droit fondé sur la communication avec les citoyens¹¹¹. Dès lors, le consentement de la société concernant la norme devrait être à la fois *ex ante*, c'est-à-dire précéder l'entrée en vigueur de la norme, et *ex post*, c'est-à-dire légitimer ou délégitimer ladite norme mise en avant lors d'élections ou de consultations publiques¹¹² :

108. T. FRANCK, « Legitimacy in the International System », (1988) 82 *A.J.I.L.* 705, 706. Cet auteur définit la légitimité ainsi : « quality of a rule which derives from a perception on the part of those to whom it is addressed that it has come into being in accordance with right process ». Voir aussi : J. DELBRÜCK, « Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies ? », (2002-2003) 10 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 29, 33 ; et M. ZÜRN, « Global Governance and Legitimacy Problems », *Government and Opposition*, vol. 39, n° 2, printemps 2004, p. 286.

109. Pour une définition de la notion de légitimité à travers les époques, voir : J. DELBRÜCK, *loc. cit.*, note 108.

110. H. ARENDT, *Essais sur la révolution*, Paris, Gallimard, 1967, p. 104 et suiv.

111. J. HABERMAS, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 145, 153 et 165. Pour plus de détails sur la théorie de la discussion élaborée par Habermas, voir : J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Flammarion, 1999. Dans cet ouvrage, il articule sa théorie autour de deux principes de validation des normes, soit le principe *démocratique* et le principe de l'*universalisation*.

112. Quant à Alfred C. Aman fils, il affirme que les décideurs politiques nationaux doivent sortir du paradigme « citoyen consommateur » ou « citoyen client » en matière de services publics. En effet, selon lui, une privatisation de la citoyenneté et sa réclusion dans la passivité – le citoyen donnant son consentement ou son approbation mais ne participant pas réellement au débat – ne constituent pas une approche valable dans l'effort de réconciliation entre l'État de droit et la mondialisation. Voir : A.C. AMAN JR., *The Democracy Deficit : Taming Globalization Through Law Reform*, New York, New York University Press, 2004, p. 108 et 116-117.

[L]egitimation of government by the consent of people (the democratic school) is the dominant stance, but that positivist concepts of legitimacy are also voiced in several variations: the legitimacy of governments cannot be derived from external (metajuridical) sources, but is to be founded on the legal order itself (the state as a self-referential system). Legitimacy is produced within the state by orderly process (legitimation by procedure or by free discourse)¹¹³.

Pour être légitime, la norme juridique doit être élaborée par les représentants du peuple et doit donc formaliser les rapports sociaux en rendant les concepts qu'elle sous-tend compréhensibles par les citoyens¹¹⁴:

[L]es citoyens examinent les droits qu'ils doivent se concéder les uns aux autres. En tant que sujets de droits, il leur faut ancrer cette pratique d'autolégislation dans le médium du droit lui-même; il leur faut institutionnaliser en termes de droit les présuppositions communicationnelles et les procédures mêmes d'un processus de formation de l'opinion et de la volonté politiques dans lequel le principe de discussion est appliqué. Par conséquent, le code juridique, établi au moyen du droit général de disposer des libertés subjectives, doit être complété par des droits de communication et de participation qui garantissent l'usage public, à chances égales, des libertés communicationnelles. C'est ainsi que le principe de discussion prend la forme juridique d'un principe démocratique¹¹⁵.

Notre constatation relativement à la multiplication des espaces normatifs nous mène à conclure à une impossibilité pour la société de participer entièrement au processus de légitimation de certaines normes qui auront pourtant un impact non négligeable sur les citoyens qui la composent et sur l'environnement dont ils font partie. Tant la délégation normative opérée par le droit de l'OMC à la faveur de la norme scientifique que celle qui est imposée par le droit transnational nous mènent à croire que la norme ainsi produite s'affranchit des principes sous-tendant l'État de droit.

Dans le premier cas, la norme juridique, dictée par le scientifique, devient un « pur instrument de pouvoir entre les mains de ceux qui savent l'interpréter [car elle] suppose du citoyen l'acquisition d'un minimum de connaissances scientifiques et surtout la possession de techniques souvent sophistiquées lui permettant de vérifier si la norme a été outrepassée¹¹⁶ ». Et peu importe le bien-fondé de la norme issue de pareils organismes de régulation ou encore, indépendamment de la nécessité de celle-ci, se pose néanmoins la question suivante: « comment les citoyens d'une société [...] reconnaîtraient[-ils] quelque légitimité et fondement politique à la décision d'un organisme sur lequel ils n'ont aucune prise démocratique, alors même

113. J. DELBRÜCK, *loc. cit.*, note 108, 33.

114. S. CHARBONNEAU, *loc. cit.*, note 83, 288.

115. J. HABERMAS, *op. cit.*, note 111, p. 488-489.

116. S. CHARBONNEAU, *loc. cit.*, note 83, 288.

qu'une telle décision est susceptible de les affecter directement dans leur vie quotidienne¹¹⁷ » ?

Quant au second cas, celui qui fait naître une norme issue du droit transnational, la question de la validité d'une telle norme demeure entière, car, comme le rappelle le professeur Virally, « la validité est une idée relative : elle est toujours pensée par référence à un ordre juridique déterminé¹¹⁸ ». Or, qu'advient-il lorsqu'une norme créée n'appartient à aucun ordre juridique en soi ? Que faire dans un contexte d'indétermination de l'ordre juridique ?

[Dans cette optique], la normativité transnationale semble annonciatrice du dépérissement du rôle traditionnel des États dans l'élaboration de normes à contenu scientifique, avec un retour des problèmes de légitimité puisque les populations nationales n'auraient plus de contrôle sur des règles qui les touchent directement¹¹⁹.

La perte de légitimité des normes dans le présent contexte mondialisé repose donc essentiellement sur l'incapacité de l'État à remplir dûment ses fonctions. Le centre de gravité de l'élaboration du droit ayant été déplacé vers des groupes de scientifiques, des institutions de normalisation ou des régimes privés, les nouvelles normes se trouvent dorénavant à la périphérie du droit. L'État se désengage au niveau interne, il est subordonné au niveau international, et le cadre étatique devient inadapté pour agir à titre d'instance de régulation¹²⁰.

Qui plus est, ce phénomène se produit alors même qu'il y a une montée en force de la voie citoyenne partout au monde. Le citoyen prend conscience du pouvoir de questionnement et de contestation qu'il possède quant aux choix qui lui sont imposés. Le développement d'une « réflexivité sociale¹²¹ » met encore plus en évidence l'absence de concertation découlant du phénomène de dépossession normative étatique provoqué par la mondialisation. En fait, comment la société civile peut-elle avoir voix au chapitre si l'État ne joue pas son rôle dans l'élaboration normative ? Car si la société civile peut effectivement s'opposer à l'État et à ses décisions, il est impossible de la concevoir indépendamment de l'État et de son action¹²². Le désengagement de l'État se traduit dès lors par la perte,

117. K. BOUSTANY, *loc. cit.*, note 9, 245.

118. M. VIRALLY, *op. cit.*, note 2, p. 195.

119. D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 20, 277.

120. S. SUR, *loc. cit.*, note 96, 6.

121. Z. LAÏDI, *loc. cit.*, note 28, 141.

122. Voir à cet effet Z. LAÏDI, « La société civile internationale existe-t-elle ? », *Cadres-CFDT*, n° 410-411, juillet 2004, p. 7, 8, aussi accessible en ligne : [www.laidi.com/comment/072004.pdf] (4 juillet 2006).

pour les citoyens, d'une plate-forme communicative essentielle à tout État de droit démocratique.

C'est dès lors une dévitalisation des principes fondamentaux du droit national qui se dessine. Ces principes peuvent se résumer ainsi : « la validité des normes déduite d'une hiérarchie de sources, la légitimation du droit par une constitution politique, sa définition par des instances parlementaires, la base des institutions, des procédures et des principes de l'État de droit et la garantie des libertés individuelles par des droits fondamentaux acquis de haute lutte politique¹²³. »

Cela se traduit ensuite par une absence de légitimité de la norme promulguée par l'État et par une désaffection des citoyens devant une norme élaborée par ceux-là mêmes à qui elle se destine.

Par ailleurs, il est possible de s'interroger sur les conséquences d'un tel abandon de responsabilité de la part de l'État. Au moment même où les règles commencent enfin à se préciser quant à la responsabilité internationale des États, la question se pose de savoir si l'État a effectivement la responsabilité de légiférer en matière de libéralisation des marchés et « jusqu'à quel point les droits de la personne obligent les États à accompagner la mondialisation du droit, de la primauté du droit et des droits de la personne¹²⁴ ».

2 La déformation dans le temps

2.1 La mondialisation, au fondement de l'accélération du temps juridique

La mondialisation se situe au fondement de l'accélération et de la désynchronisation du temps juridique. Par conséquent, l'urgence s'impose souvent comme étant la norme de rédaction des textes juridiques¹²⁵. L'accélération juridique a d'importantes conséquences sur l'effectivité des voies juridiques de l'État de droit et de la démocratie. Évacuer le temps de la construction juridique et de la valeur de la norme, comme le fait la mondialisation, provoque nécessairement des conséquences.

Selon Zaki Laïdi, la démocratie a deux dimensions. Elle revêt d'abord un caractère *procédural* caractérisé par des élections périodiques et, ensuite,

123. G. TEUBNER, *loc. cit.*, note 18, 201.

124. M. SASSÒLI, *La responsabilité internationale de l'État face à la mondialisation, la déréglementation et la privatisation : quelques réflexions*, [En ligne], 2001, [www.cedim.uqam.ca/articles/sassoli.htm] (4 juillet 2006).

125. P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 8.

un caractère *culturel* qui se traduit par un « ensemble de règles formelles et informelles assurant à travers le temps la libre expression des opinions et des intérêts et leur recoupement dans des conditions équitables¹²⁶ ». Cette dernière dimension de la démocratie implique une consultation continue des personnes visées afin que ces dernières considèrent leurs intérêts et leurs attentes comme pris en considération. Vue ainsi, la mondialisation influe sérieusement sur la démocratie. Si elle peut avoir eu des conséquences positives sur son aspect procédural, par exemple en rendant la tenue d'élections de plus en plus répandue dans le monde, il en est autrement de la démocratie culturelle puisque cette dernière tend plutôt à se réaliser par l'entremise d'actes de procédure dialogale lente et nécessitant du temps. Or, nous l'avons dit, la mondialisation privilégie le présent, et elle provoque même une accélération du temps. Ainsi, l'immédiateté juridique influe sur l'aspect culturel de la démocratie.

Par ailleurs, comme nous l'avons mentionné précédemment, la mondialisation a conduit à l'émergence de nouveaux acteurs normatifs et à l'instauration d'une compétitivité juridique entre instances publiques et privées. La mondialisation amène le secteur privé à participer à ce foisonnement normatif par la création de règlements, de codes de conduite, de normes privées, entre autres, qui réguleront la conduite des individus ou des organisations privées relevant du secteur en question.

Cela se traduit dans la réalité par une accélération des mutations des textes de lois dans les instances publiques et par un affaiblissement de la sécurité juridique pour les citoyens. En effet, comment, dans ce contexte, assurer la prévisibilité et la publicité de la loi, éléments constitutifs de l'État de droit ? Cette recherche de l'immédiat exerce son action nécessairement sur le processus politique aux fondements de la norme. L'État est contraint d'adopter une politique de l'urgence pour faire face aux nouveaux défis que pose la complexification de la société. Cela a pour effet d'effriter les garanties des droits et libertés individuels. Dans ce contexte, le principe de précaution, dans le domaine technoscientifique, pourrait contribuer au « ralentissement » des effets de la mondialisation et réinstituer la temporalité comme source de validation normative en permettant la création d'un espace de discussion et de débat. Nous aborderons la question à la section 2.3.

126. Z. LAÏDI, *loc. cit.*, note 17, 606. L'auteur emprunte la définition à P. ROSANVALLON, *L'histoire du mot démocratie. La pensée politique. Situation de la démocratie*, Paris, Gallimard, Le Seuil, 1993, p. 28.

2.2 La politique de l'urgence ou l'immédiateté juridique : justification à la multiplication des lieux de production normative menant à une dévitalisation démocratique

L'État, contrairement au marché, a le privilège du temps long¹²⁷. À ce titre, « [l']État est le gardien des horloges, le pourvoyeur de la lenteur nécessaire [...] C'est ce sens de la lenteur qui permet d'empêcher que ne se déchire le tissu social au cours des mutations qui l'écartèlent¹²⁸ ». Il semble pourtant que, loin d'assumer ce rôle, l'État se retire en justifiant précisément ce désengagement par l'urgence d'adapter les textes normatifs à la société mondialisée. L'accélération du temps commanderait donc aux décideurs de s'en remettre à d'autres puisqu'ils ne posséderaient plus le temps voulu ni les compétences techniques nécessaires à l'élaboration de normes toujours plus précises¹²⁹. Or, le temps détermine la force instituante d'une norme juridique puisqu'il en est sa substance même, la condition de sa puissance¹³⁰ :

Révéléateur du droit, le temps fait notamment apparaître la place centrale de la confiance (bonne foi, loyauté) à la racine de tous les engagements juridiques, de même que la pertinence de la conception institutionnelle du droit — un droit conçu comme processus d'« ajustement » continu plutôt que succession saccadée d'actes juridiques *instantanés*¹³¹.

Par ailleurs, la dimension temporelle joue un rôle non négligeable dans les cas où l'incertitude scientifique perdure. Le droit devient ainsi tributaire des progrès technologiques et scientifiques. L'État, nous l'avons vu, loin de s'imposer comme modérateur des avancées technologiques potentiellement dangereuses, délègue ses pouvoirs à la science, comme si une norme technique pouvait répondre aux besoins de la société de la même manière qu'une norme juridique le ferait. De ce point de vue, « la norme technique usurpe la fonction de la norme juridique¹³² ».

Nous le savons, le consensus social, fondement de toute norme, doit pouvoir bénéficier des bienfaits du temps pour s'établir. Pour être en mesure d'instituer *durablement* le social¹³³, la législation doit pouvoir bénéficier

127. F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 31.

128. P. DELMAS, *Le maître des horloges : modernité de l'action publique*, Paris, Odile Jacob, 1992, p. 27.

129. P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *op. cit.*, note 125, p. 11.

130. F. OST, *op. cit.*, note 127, p. 23.

131. *Id.*, p. 17 ; l'italique est de nous.

132. S. CHARBONNEAU, *loc. cit.*, note 83, 290.

133. F. OST, « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », (1998) 5 *Recherches et travaux du Réseau européen droit et société à la Maison des Sciences de l'Homme* 423, 445.

d'une dimension temporelle. Mais alors, que faire dans un contexte où le temps n'est plus ? Nous proposons de l'arrêter ou, à défaut, de le ralentir.

2.3 L'adoption du principe de précaution comme moyen de ralentir le temps faute de pouvoir légitimer la voie citoyenne

Comme nous l'avons démontré, la mondialisation provoque une accélération du temps, ce qui menace le droit dans sa fonction d'intégrateur social. Certes, le droit doit s'adapter et se modifier pour conserver son effectivité devant les diverses transformations sociales¹³⁴. Le principe de précaution se pose, à notre avis, comme une solution intermédiaire entre les forces de conservation, ou de prudence, et celles qui prônent le changement, comme une volonté de synchroniser les rythmes divers¹³⁵, comme un moyen de ralentir les effets de la mondialisation, comme un outil capable de figer le temps, du moins de le ralentir. Car, aujourd'hui encore plus qu'avant, bien que « [l]e droit semble accélérer son allure sur l'océan de la globalisation¹³⁶ », les processus juridiques devraient pouvoir jouir de la « sérénité que garantit la durée¹³⁷ ».

Comme nous l'avons dit, « [le] temps est la substance même de la loi, la condition de sa puissance¹³⁸ ». Il favorise sa réalisation, conforme aux attentes générales. Il permet ainsi d'associer les destinataires de la loi au processus de son élaboration, d'améliorer l'information du législateur et de réduire d'éventuelles oppositions citoyennes¹³⁹.

Devant les avancées technologiques multiples, en raison des règles de libéralisation des échanges, du fait de la mondialisation, comme nous l'avons vu, l'État est concurrencé dans sa fonction normative. Il n'est plus apte à réglementer suffisamment vite des domaines dans lesquels il ne possède pas l'expertise technique. Pour ce faire, il s'engage à respecter des normes rédigées par des scientifiques balisés dans leur travail par des principes libres-échangistes.

Dans cette optique, le citoyen est dépourvu. Non seulement se voit-il imposer des normes internationales techniques et inadaptées à ses valeurs, mais encore plus il se voit dépossédé de recours, et il lui est impossible faire valoir ses aspirations. Son État, en s'engageant ou en se désengageant, c'est selon, le dépossède de toute plate-forme communicative. L'accélération du

134. M. VIRALLY, *op. cit.*, note 2, p. 188.

135. F. OST, *op. cit.*, note 127, p. 32.

136. G. TEUBNER, *loc. cit.*, note 18, 214.

137. R. ROMI, *loc. cit.*, note 65, 213.

138. F. OST, *op. cit.*, note 127, p. 13.

139. F. OST, *loc. cit.*, note 133, 441.

temps accentue cette dépossession puisque l'État doit répondre rapidement aux développements technologiques divers.

Comme nous l'avons observé, le droit international économique refuse pour l'heure de tenir compte des valeurs autres que scientifiques lorsque vient le temps d'évaluer la commercialisation ou non d'un produit. Plusieurs États militent en faveur d'une telle prise en considération¹⁴⁰. Il n'en demeure pas moins que, actuellement, les avancées se font à pas de tortue et qu'il devient urgent de ralentir le rythme (!) afin que soit recentré l'humain au sein de l'appareillage global du commerce international.

Le droit international actuel n'est donc pas encore adapté au phénomène de mondialisation. Les discussions ont cours et des projets sont mis sur la table afin que soient minimisés ses effets. En attendant, le droit international économique, par l'entremise de l'Accord SPS, fournit aux États la possibilité d'adopter une mesure limitative à l'égard du commerce afin que soient évalués le pour et le contre de la commercialisation d'un produit¹⁴¹. Comme nous l'avons mentionné précédemment, certains assimilent cette faculté au principe de précaution¹⁴². D'autres voient une différence marquée entre le principe restrictif décrit par l'Accord SPS et celui qui a cours dans le contexte du droit international de l'environnement depuis le début des années 70¹⁴³. La mesure adoptée doit respecter, pour rencontrer les exigences de l'OMC, des conditions précises et être appuyée

140. L'Allemagne, s'exprimant au nom des pays membres de l'Union européenne, le Danemark et les Pays-Bas, entre autres, se sont déclarés en faveur de l'examen des autres facteurs légitimes : COMITÉ DU CODEX SUR LES PRINCIPES GÉNÉRAUX, *op. cit.*, note 61. Les Pays-Bas ont soutenu que la prise en considération des autres facteurs légitimes serait susceptible de « restaurer la confiance des consommateurs dans les réglementations relatives à l'innocuité des aliments » : COMITÉ DU CODEX SUR LES PRINCIPES GÉNÉRAUX, *op. cit.*, note 62.

141. Par l'entremise de l'article 5:7 de l'Accord SPS. Voir *supra*, section 1.1.1.

142. Dans l'affaire *Hormones*, précitée, note 68, l'Organe d'appel de l'OMC reconnaît que le principe de précaution est effectivement pris en considération par l'Accord SPS. Nous concourons à l'interprétation rendue par le groupe spécial dans la même affaire lorsqu'il précise que le principe de précaution a été incorporé, « avec un sens spécifique », à l'Accord SPS : *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Plainte des États-Unis)* (1997), OMC Doc. WT/DS26/R\USA au paragraphe 8.157 (rapport du Groupe spécial) et *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Plainte du Canada)* (1997), OMC Doc. WT/DS48/R\CAN au paragraphe 8.160 (rapport du Groupe spécial).

143. Il s'agit de l'argument avancé par les Communautés européennes (CE) dans l'affaire *Hormones*, précitée, note 68, par. 142. Selon les CE, l'Organe d'appel devait envisager la mesure prise comme répondant aux critères du principe de précaution, principe ayant acquis une valeur autonome en droit international et pouvant être considéré comme coutumier. Selon les CE, le principe de précaution vu comme un principe autonome du

de preuves quant au potentiel de dangerosité que la mise en marché pourrait représenter au niveau sanitaire et environnemental. Il n'en demeure pas moins que le cadre normatif de l'OMC, précisé par une *jurisprudence* parfois réceptive¹⁴⁴, et malgré les obstacles juridiques et économiques que peut représenter l'adoption d'une telle mesure, laisse croire que l'État possède toujours la faculté de prendre un temps d'arrêt afin de se mettre à niveau par rapport à une avancée technologique.

La façon dont l'Accord SPS traite la question souffre évidemment de plusieurs failles démocratiques. Celui-ci se situe dans une logique différente de celle que propose le droit de l'environnement. Cette dernière semble en effet redonner davantage à l'État sa place dans l'ordre décisionnel.

Le cas des organismes génétiquement modifiés (OGM) illustre bien notre propos. Pour le moment, il n'existe pas de réelle crise sanitaire en raison de la vente, de la consommation ou de l'utilisation de produits génétiquement modifiés. Nous n'en sommes qu'au stade du débat. Les

droit international différerait de celui qui encadre les mesures provisoires prises par les Membres de l'OMC au titre de l'Accord SPS et devait même servir à interpréter ses dispositions.

144. Malgré une apparente fermeture de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, certains assouplissements laissent envisager une conciliation entre les impératifs économiques et environnementaux. En effet, dans l'affaire *Hormones*, l'Organe d'appel a bien précisé que tous les risques devaient être pris en considération, c'est-à-dire non seulement le «risque vérifiable dans un laboratoire scientifique» mais aussi «le risque pour les sociétés humaines telles qu'elles existent en réalité, autrement dit, les effets négatifs qu'il pourrait effectivement y avoir sur la santé des personnes dans le monde réel où les gens vivent, travaillent et meurent» (*supra*, note 68, par. 187). Par ailleurs, dans une autre affaire, l'Organe d'appel a précisé que les «gouvernements responsables et représentatifs peuvent agir en toute bonne foi à la lumière d'un point de vue scientifique divergent émanant d'experts scientifiques qualifiés et respectés» (affaire *Japon – Produits agricoles*, précitée, note 73). Autrement dit, l'évaluation n'aurait pas à être fondée nécessairement sur une opinion majoritaire. Ainsi, l'évaluation scientifique pourrait inclure des «données conflictuelles, contradictoires, dissidentes». De plus, toujours selon l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles*, plus le risque serait grave, plus il serait nécessaire de pouvoir fonder une mesure sur une opinion minoritaire et ce qui constitue un délai raisonnable devrait être établi au cas par cas et dépendrait des circonstances propres à chaque cas d'espèce, y compris la difficulté d'obtenir les renseignements additionnels pour l'examen et les caractéristiques de la mesure sanitaire ou phytosanitaire (par. 93). Enfin, mentionnons que dans l'affaire *Australie – Saumons*, relativement au niveau de risque, c'est-à-dire au seuil de danger, l'Organe d'appel a affirmé qu'il «n'est pas nécessaire que l'évaluation des risques établisse un certain ordre de grandeur ou un certain seuil ou degré minimal de risque». Ainsi, dès qu'une possibilité même minime que le risque ne se réalise existe, une mesure sanitaire pourrait être fondée. Il faut donc en conclure que ce seuil de risque sera toujours défini au cas par cas: *Australie – Mesures visant les importations de saumons (Plainte du Canada)* (1998), OMC Doc. WT/DS18/AB/R (rapport de l'Organe d'appel).

environnementalistes préviennent, les scientifiques n'arrivent pas à un consensus, certains agriculteurs comme les industriels jubilent devant les résultats. L'opinion des citoyens semble mitigée, bien qu'une majorité de plus en plus visible de ceux-ci désire mettre de côté ces produits tant que des expériences à long terme, effectuées par des experts indépendants, n'auront été produites¹⁴⁵. Par conséquent, les communautés européennes, en raison de considérations diverses, ont décidé de prendre du recul avant de disséminer ces produits à grande échelle dans l'environnement et la chaîne alimentaire¹⁴⁶.

Loin d'être réduite à une réaction devant une crise ou une urgence, cette attitude de précaution doit davantage être considérée comme un outil d'accompagnement du développement technologique. Elle se situe en marge du système instauré par l'OMC : pareille restriction au commerce devra probablement être maintenue durant un laps de temps indéterminé, et il n'est pas certain qu'elle respecte les critères de l'Accord SPS — une telle restriction doit être adoptée en situation d'insuffisance de preuve et non d'incertitude scientifique, doit être appuyée sur une preuve scientifique ou du moins sur un début de preuve scientifique, doit faire l'objet de recherches scientifiques plus approfondies et doit être levée dans un délai raisonnable. Elle apparaît néanmoins davantage légitime pour le citoyen qui constate alors que les pouvoirs décisionnels de son gouvernement ne sont pas entièrement soumis aux impératifs du commerce international. Le citoyen se trouve rassuré puisque ses dirigeants prennent le temps d'évaluer, selon les critères propres à leur État¹⁴⁷, les effets de l'approba-

145. Sur cette question, voir ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, NOTE DU SECRÉTARIAT, *Qualité et sécurité des produits alimentaires : considérations pour le commerce international*, COM/AGR/CA/TD/TC(98)151/FINAL (1998), par. 34.

146. Outre le moratoire imposé en Europe en 1998, qui depuis 2004 a été levé en partie, l'Europe a pris la situation d'incertitude scientifique bien en main en multipliant les actes de procédures d'homologation des nouveaux aliments génétiquement modifiés et en imposant l'étiquetage de ces produits. G.C. SHAFFER et M.A. POLLACK, « Vers un compromis transatlantique sur les OGM ? », dans J. BOURRINET et S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 305.

147. Les États conçoivent différemment les avancées technologiques. Certains d'entre eux ont adopté une attitude plus prudente, tandis que d'autres manifestent une certaine confiance envers les nouvelles techniques. Par exemple, le Canada et les États-Unis appliquent ouvertement le principe d'équivalence substantielle à l'égard des nouveaux produits issus de la biotechnologie. Par conséquent, ils considèrent les nouveaux produits comme de simples produits similaires aux produits issus de méthodes classiques et n'exigent donc pas l'étiquetage obligatoire. Il résulte de cette interprétation que la Food and Drug Administration n'accordera pas d'attention particulière aux produits issus de

tion d'un produit. L'État récupère ses fonctions. En ce sens, le principe de précaution légitime la décision gouvernementale, redonne du poids à la voix citoyenne¹⁴⁸ et pallie ainsi les incapacités de l'État.

La décision des communautés européennes de retarder la commercialisation des OGM fait présentement l'objet d'un différend devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC¹⁴⁹. La publication du rapport, qui est retardée sans cesse¹⁵⁰, offrira l'occasion à l'OMC de préciser ses vues quant au principe de précaution et au rôle du *Codex Alimentarius*. Peut-être permettra-t-elle aussi quelques avancées citoyennes ?

Le recours au principe de précaution s'utilise donc comme un succédané pour la voie démocratique. Il ne tient certes pas compte des valeurs

la biotechnologie davantage qu'à ceux qui seront issus d'une méthode de production classique. À l'opposé, l'Europe n'applique pas le principe d'équivalence substantielle et considère donc tout produit issu de la biotechnologie comme un produit nouveau nécessitant l'étiquetage ainsi que les tests nécessaires pour s'assurer de son innocuité. Voir à cet effet : M.D. MATTHEE, « L'identification et l'étiquetage des OGM : La démocratie existe-t-elle sur le marché international des aliments génétiquement modifiés ? », dans J. BOURRINET et S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *op. cit.*, note 146, p. 97, à la page 100 ; J.H. MARYANSKI, « FDA's Policy for Foods Developed by Biotechnology », dans K.-H. ENGEL, G.R. TAKEOKA et R. TERANISHI (dir.), *Genetically Modified Foods : Safety Issues*, Washington (DC), American Chemical Society, 1995, p. 12 et suiv., aussi accessible en ligne : [vm.cfsan.fda.gov/~lrd/biopolicy.html] (4 juillet 2006).

148. Bien que le principe de précaution n'autorise pas les gouvernements à adopter une mesure restrictive au commerce basée sur les souhaits ou les craintes de la population, ou encore en fonction de ses valeurs sociales, culturelles ou religieuses, il permet à un gouvernement d'adopter une mesure plus conforme au niveau de préoccupation de ses citoyens. Ainsi, dans les sociétés plus visées par les risques technoscientifiques, l'État sera porté davantage à se prévaloir du principe que dans un État où les citoyens expriment une confiance en un nouveau produit issu de la technologie.
149. *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (plainte du Canada, des États-Unis et de l'Uruguay)* (2003), OMC doc. WT/DS/291, WT/DS/292 et WT/DS/293.
150. Le Groupe spécial avait estimé être en mesure de remettre la version définitive de son rapport aux parties pour la mi-mai 2006. Le rapport devrait être distribué aux membres à la fin du mois de septembre 2006 : OMC, *Communication du président du Groupe spécial*, [En ligne], 2006, [www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds291_f.htm] (4 juillet 2006). Dans le communiqué du 15 juin 2005, le président du Groupe spécial affirmait que le retard dans la remise de la version définitive du rapport aux parties était dû à un certain nombre de raisons : 1) Avant et après la seconde réunion de fond, les parties ont soulevé de nouvelles questions retardant le début de l'analyse au fond du Groupe spécial ; 2) La complexité de l'affaire et le large éventail de produits touchés exigent une analyse minutieuse et approfondie des renseignements soumis au Groupe spécial ; 3) « Le travail des experts a donné lieu à une grande quantité de documents qui doivent aussi être examinés » ; 4) « Les ressources humaines limitées et la disponibilité des membres du Groupe spécial font aussi obstacle à un achèvement rapide des travaux ». OMC, *Documents en ligne*, [En ligne], 2005, [http://docsonline.wto.org/] (13 septembre 2006).

sociales, culturelles, religieuses ou éthiques. En outre, il doit être complété par le principe de la « participation du citoyen-consommateur à la décision, qui ne saurait être réduit à sa dimension [...] procédurale, et surtout enrichi par la question fondamentale de la légitimité de l'activité induisant la prise de risques collectifs¹⁵¹ ». Il s'inscrit dans un cadre strictement scientifique¹⁵², mais il assure au moins un temps d'arrêt nécessaire à toute prise de décision démocratique. Reste maintenant à espérer une évolution du processus normatif vers une prise en considération réelle de l'humain et de la société distincte et particulière au sein de laquelle il évolue. Le critère scientifique a bien entendu le mérite d'établir un cadre neutre et objectif¹⁵³. Il ne devrait pourtant pas remplacer la norme juridique dont l'essence même tire sa source des particularités de la collectivité à laquelle elle se destine. En ce sens, nous croyons, comme Simon Charbonneau, que, en « aucun cas, la science ne peut prétendre définir ce qui est bon ou mauvais pour la collectivité¹⁵⁴ ». Les travaux en cours à la Commission du *Codex Alimentarius* sur les « autres facteurs légitimes » ne sont guère encourageants. En effet, malgré l'incorporation de la notion d'« autres facteurs légitimes » dans la 13^e édition du *Manuel de procédure* de la Commission du *Codex Alimentarius*, certains auteurs demeurent sceptiques quant à la véritable portée de cette incorporation dans les activités de la Commission du *Codex Alimentarius*¹⁵⁵. En définitive, il semble qu'une approche nouvelle s'impose... En attendant, le principe de précaution sert de palliatif de l'outil idéal, capable de trancher des questions relevant du domaine économique mais soulevant des questions éminemment sociales et culturelles.

151. S. CHARBONNEAU, « Le principe de précaution ou les limites d'un principe politique », *Natures, sciences, sociétés*, vol. 9, 2001, p. 44.

152. M.-P. LANFRANCHI et È. TRUILHÉ, « La portée du principe de précaution », dans J. BOURRINET et S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *op. cit.*, note 146, p. 71, aux pages 83-84.

153. Selon Sadeleer et Noiville, cette proposition doit cependant être fortement nuancée puisque la science n'est pas exempte d'*a priori* idéologiques. Voir C. NOIVILLE et N. DE SADELEER, *loc. cit.*, note 87, 417-418. Par ailleurs, Geneviève Viney et Philippe Kourilsky rappellent que la recherche est moins transparente que les chercheurs ne l'imaginent et que ne le souhaitent les citoyens qui financent les recherches. Voir G. VINEY et P. KOURILSKY, *Le principe de précaution: rapport au premier ministre*, Paris, Odile Jacob et La Documentation française, 2000, p. 40. Concernant l'impact de la démarche méthodologique scientifique employée sur les résultats, voir D. CRAWFORD-BROWN, J. PAUWELYN et K. SMITH, « Environmental Risk, Precaution, and Scientific Rationality in the Context of WTO/NAFTA Trade Rules », *Risk Analysis*, vol. 24, 2004, p. 463-466, ainsi que J. PEEL, *Risk Regulation Under the WTO SPS Agreement: Science as an International Normative Yardstick ?*, [En ligne], 2004, [www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040201.pdf] (4 juillet 2006).

154. S. CHARBONNEAU, *loc. cit.*, note 83, 290.

155. S. POLI, « The European Community and the Adoption of International Food Standards within the *Codex Alimentarius* Commission », (2004) 10 *Eur. L. J.* 613, 619-625.

Conclusion

La mondialisation a provoqué un changement fondamental dans les rapports juridiques au temps et à l'espace. Simultanément, elle a aussi influé sur la positivité de l'État de droit sur le plan international et le plan interne. Cette situation n'est pas sans nous laisser perplexes devant l'avenir. La déstabilisation du droit que suscite la mondialisation pose de graves problèmes. En premier lieu, elle concerne l'avenir de la démocratie comme forme d'organisation sociale ainsi qu'à titre d'outil de légitimation et de validation de la normativité. En deuxième lieu, elle pose le problème de la stabilité sociale que seule la démocratie pouvait assurer par sa capacité d'absorption des chocs humains liés aux inégalités économiques et, conséquemment, juridiques. En troisième et dernier lieu, sur le plan international, elle provoque de profondes mutations qui auront un impact certain sur la stabilité des relations internationales et la cohésion, somme toute relative, de la société internationale¹⁵⁶. Nous nous dirigeons donc vers un État non plus limité par le droit dans son action mais plutôt vers un État autolimité¹⁵⁷ par son incapacité. La période d'instabilité juridique actuelle ne nous permet pas d'affirmer quoi que ce soit et laisse place aux spéculations. Car, en fait, l'histoire malgré son unicité, nous enseigne différentes leçons : « L'histoire montre que l'avènement d'un nouveau modèle de société n'a pas pour effet de supprimer l'ancien. Mais plutôt que les deux s'entremêlent. Tension dialectique [...] Réalité en train de se faire ou de se défaire, il déjoue tout déterminisme historique¹⁵⁸. »

La mondialisation provoque un double mouvement du droit aux effets contradictoires : un mouvement vers la globalisation et un autre se traduisant par une fragmentation. Le droit peut ainsi se trouver au cœur d'une cassure historique, d'une période révolutionnaire où, « à strictement parler, [la révolution] n'apparaît qu'à partir du moment où il y a rupture — accompagnée ou non de violence — dans le fonctionnement du droit, dans le *jeu normal* des institutions qu'il ordonne¹⁵⁹ ». Le droit pourrait même précéder les mouvements historiques, les orienter et briser les habitudes cristallisées ou les traditions paralysantes¹⁶⁰.

Par ailleurs, le professeur Louis Sabourin indique deux déficits impossibles à combler par le jeu de la mondialisation : l'un est éthique ; l'autre,

156. K. BOUSTANY et autres, *loc. cit.*, note 9, 248.

157. M. TROPER, *loc. cit.*, note 14, 57.

158. R.-J. DUPUY, *loc. cit.*, note 6, 319.

159. M. VIRALLY, *op. cit.*, note 2, p. 191 ; l'italique est de nous.

160. *Id.*, p. 188.

démocratique¹⁶¹. Ces deux lacunes résument parfaitement la situation que nous venons d'illustrer. En effet, les lieux de création des normes souffrent globalement d'un déficit démocratique et éthique. De ces déficits émergent deux défis posés par la mondialisation : l'un structurel et l'autre éthique¹⁶². Dans un premier temps, la recherche d'un nouveau modèle de structuration des rapports sociaux fondés sur le droit s'impose. Dans un second temps, la validité et la légitimité des normes qui émergeront de ces rapports doivent être assurées. Ainsi, les mutations temporelles et spatiales qu'ont subies les processus normatifs seront constitutives de « l'émergence de nouvelles formes de démocratie qui ne sont pas encore institutionnalisées¹⁶³ » consécutives aux mutations de l'État de droit. Les auteurs s'entendent sur la nécessité de préserver l'État de droit et de reconstruire un nouveau modèle d'organisation démocratique. Pour un, la solution passe par l'ouverture de l'État de droit :

En élargissant l'accès à la production législative, on généralise le principe délibératif et on rend moins fictive l'image de la volonté « générale » [...] [D]e tels mécanismes de participation et de contrôle offrent à la démocratie une chance de continuité et une adaptation graduelle de ses valeurs. Cessant d'être confinée dans l'instant ponctuel des élections, la démocratie se fait ainsi permanente, et son principe de légitimité s'en raffermir d'autant¹⁶⁴.

Pour d'autres, comme Anne-Marie Slaughter, la gestion de l'État doit être libéralisée et organisée en vue d'assurer l'autonomie des institutions judiciaires, exécutives, législatives et administratives du gouvernement et de leur permettre de se coordonner et de coopérer au-delà des frontières : « “Quasi-autonomous” action is not meant to suggest that these institutions do not represent their national interest, only that they represent a particular conception of national interest that is shaped by their particular institutional/professional interests, values, and goals¹⁶⁵. » Il s'agirait plutôt de briser le bloc monolithique étatique et d'assurer sa diffusion dans toutes les sphères de la société. Ainsi, cela améliorerait les possibilités d'un renforcement des normes du droit international traditionnelles ou conven-

161. L. SABOURIN, « La mondialisation en quête de gouvernance démocratique : contradictions nationales, contraintes internationales », texte présenté à l'Assemblée de l'Académie pontificale des Sciences sociales, Le Vatican, 22-25 avril 1998, p. 6.

162. *Ibid.*

163. *Id.*, p. 19.

164. F. OST, *op. cit.*, note 127, p. 207.

165. A.-M. SLAUGHTER, « Breaking out: The Proliferation of Actors in the International System », dans Y. DEZALAY et B.G. GARTH (dir.), *Global Prescriptions: The Production, Exportation and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2002, p. 12, à la page 28; voir aussi A.-M. SLAUGHTER, *A New World order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

tionnelles et constituerait une organisation potentiellement apte à assurer la régulation d'une communauté globale sans gouvernement global¹⁶⁶. En somme et indirectement, le réseau gouvernemental (*government network*) contribuerait au renforcement de l'État de droit : le droit interne et le droit international se combinant et offrant désormais une double couverture juridique aux citoyens.

Malgré les prédictions pour des lendemains merveilleux, Teubner fait preuve d'un esprit réaliste et considère qu'en l'état actuel des choses il est extrêmement difficile, sinon impossible, d'adopter des normes à portée universelle dont la validité puisse s'étendre temporellement et spatialement puisqu'« il n'existe pas de hiérarchie décisionnelle, ni de jurisprudence établie, mais seulement une coordination hétérarchique spontanée d'instances diverses d'élaboration du droit¹⁶⁷ ».

Par ailleurs, nous ne devons pas perdre de vue que l'État de droit participe à l'idée d'un « certain » type de libéralisme. Paradoxalement, le libéralisme économique contribue à l'affaiblissement de la positivité de l'État de droit et au renforcement de la fonction de responsabilisation démocratique et de sécurité du même État. En somme, la mondialisation et, conséquemment, l'impact qu'elle a sur les lieux de la normativité contribuent à l'effacement de l'État de droit et un à renforcement de l'État légal où « l'administration n'agit que pour l'exécution et pour l'application de la loi¹⁶⁸ ».

Néanmoins, une question demeure. Devons-nous redéfinir le droit et l'État de droit ? Quelles sont leurs fonctions ? Reprenant la réflexion d'Hannah Arendt, nous croyons que le droit traverse une « crise de la culture¹⁶⁹ », c'est-à-dire, comme l'affirme François Ost, une panne de l'historicité¹⁷⁰ et une société privilégiant l'instantanéisme et la survalorisation du présent¹⁷¹. Nous nous retrouvons devant un dilemme insondable : le droit est-il un mode de gestion de la société ou un mode d'institution de la société ? La fonction principale du droit demeure-t-elle aujourd'hui encore de contribuer à l'institution du social ?

La période actuelle ne pourra être analysée objectivement qu'à son issue — historique — ou ahistorique, tout dépend des perspectives. La

166. A.-M. SLAUGHTER, *loc. cit.*, note 165, 29.

167. G. TEUBNER, *loc. cit.*, note 18, 204.

168. L. HAMON, « L'État de droit et son essence », (1990) 4 *Revue française de droit constitutionnel* 699, 703.

169. H. ARENDT, *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1972, p. 119-120.

170. F. OST, *op. cit.*, note 127, p. 24.

171. *Id.*, p. 15.

mondialisation génère une problématique spécifique et, malgré l'apparente atteinte au potentiel de régulation des États, il se peut que la conjoncture provoquée par la mondialisation mène simplement les processus dominants d'élaboration du droit à s'adapter¹⁷². Loin de se décomposer, l'État procéderait alors à sa réorganisation¹⁷³. Car, si «[n]ous croyons traverser un orage ; en réalité nous changeons [peut-être simplement] de climat¹⁷⁴».

172. G. TEUBNER, *loc. cit.*, note 18, 198.

173. L. LAMARCHE, «L'État désétatisé et ses fonctions sociales : éléments de réflexion», dans F. CRÉPEAU (dir.), *op. cit.*, note 24, p. 233, à la page 233.

174. Teilhard de Chardin cité par R.-J. DUPUY, *loc. cit.*, note 6, 321.