

LA CONTRIBUTION DE KATIA BOUSTANY À LA COMPRÉHENSION DE L'INTERNATIONALISATION DE LA RÉGULATION DE LA TECHNO SCIENCE

*Par Pierre Mackay**

La carrière de Katia Boustany comme professeure a commencé en 1988 au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal (UQAM). Elle a été engagée dans le cadre du Programme interuniversitaire de recherche sur le droit et la technologie (PIRDT) financé par le Programme d'actions structurantes mis en place par le Ministère de l'Enseignement supérieur de la science et de la Technologie. Elle remplaçait alors la professeure Ruth Murbach qui avait été engagée dans le cadre du même programme deux années plus tôt et qui venait d'obtenir un poste régulier au département. Je garde un souvenir très précis de l'entrevue d'embauche de Katia. La qualité de sa préparation, la précision de ses réponses, son regard vif et son sourire engageant ont rapidement convaincu le comité, composé de Guy Rocher, Pierre Trudel, René Laperrière et moi-même, que nous avons trouvé en Katia Boustany une universitaire de grande valeur et une personne d'une qualité exceptionnelle. L'avenir allait démontrer que nous avons fait le bon choix.

Le PIRDT, présenté en 1985 et réalisé jusqu'en 1991 sur « les dimensions juridiques des changements technologiques », avait pour objet de recherche un aspect de « la maîtrise sociale des technologies » : les processus de régulation des activités humaines, sociales, économiques et politiques ayant trait à la production, à la diffusion et à l'utilisation de diverses technologies. La notion même de « maîtrise sociale », utilisée dans la description du Programme des Actions structurantes pour désigner cette catégorie particulière de recherche, faisait référence aux interventions de divers agents (État, entreprises industrielles ou commerciales, groupes professionnels, mouvements sociaux) pour encadrer, baliser, planifier, améliorer les modes de production, d'évaluation, d'utilisation des technologies dans les diverses sphères de la vie sociale et économique : travail, loisirs, culture, éducation, santé, etc.

Ces interventions, pour être des démarches efficaces, appellent nécessairement le recours à diverses formes de normativité. Celles-ci ont, du moins en principe, comme fonction essentielle de promouvoir une plus grande rationalité, une certaine objectivité dans la recherche des buts et des moyens de la maîtrise sociale. La normativité contribue aussi à assurer l'aspect « social » de la maîtrise, c'est-à-dire à impliquer l'action de groupes, d'institutions, de mouvements dans cette démarche.

Ce sont précisément les processus de régulation, par cette normativité, de la maîtrise sociale des technologies qui ont fait l'objet de recherches qui ont réuni et inspiré l'équipe que nous avons formée. Pour nous, le « changement technologique »,

* Pierre Mackay, professeur honoraire, est membre fondateur du Département des sciences juridiques (1972), membre fondateur du Groupe de recherche informatique et droit GRID (1982), et membre fondateur de la faculté de science politique et de droit à l'UQAM (1999-2000).

dans divers secteurs, a constitué le champ de recherche que le Programme des Actions structurantes nous incitait à privilégier; la « dimension juridique » a été le mode de construction de l'objet de recherche par lequel nous abordions les changements technologiques.

Katia Boustany n'était ni spécialiste des technologies de l'information, ni versée dans le droit des biotechnologies, les deux champs principaux d'investigation du PIRDT. Mais elle avait travaillé sur le droit nucléaire, cette technologie qui a marqué de façon si considérable toute la deuxième moitié du XX^e siècle, et elle a su rapidement nous démontrer l'intérêt considérable d'ajouter ce champ d'investigation à notre programme de recherche. La technologie nucléaire avait déjà plus d'un demi-siècle d'existence et le développement de ses normes de contrôle et de ses organismes de surveillance et de réglementation avait déjà une profondeur historique que nos champs initiaux d'observation ne possédaient pas encore. Cet ajout allait s'avérer précieux dans l'élaboration et la validation de ce qui allait devenir le cœur du rapport final du programme, six années après le démarrage du projet.

Pour résumer ces lignes de force, nous pouvons dire que les principaux résultats du PIRDT peuvent être exprimés en six propositions sur l'émergence et l'évolution des normes dans l'univers de la techno-science. Leur formulation fut le résultat du travail de synthèse de Pierre Trudel, Guy Rocher, René Côté et Pierre Mackay au cours de l'été 1991. Plusieurs des membres de l'équipe ont fait une relecture attentive des ébauches de ce rapport et ont fait des suggestions importantes aux rédacteurs. J'ai souvenir que les commentaires de Katia Boustany sur les versions successives de ce rapport ont toujours été empreints d'une profonde compréhension du droit. Ces six propositions se formulaient ainsi :

- 1 **L'internationalisation normative.** Les normes se créent, émergent et se développent dans un contexte où les dimensions supranationales et multinationales des phénomènes technologiques prennent une dimension croissante, voire prépondérante.
- 2 **Le rôle des concepts flous.** Les normes font appel à un nombre important de concepts flous (également appelés normes à contenu indéterminé ou variable). L'existence et l'ampleur de ce phénomène sont mises en lumière par les travaux sur la formalisation des règles et le développement des systèmes experts. Le rôle et la place de ces concepts flous sont cependant aussi expliqués par des travaux accomplis dans d'autres projets de recherche, en particulier les travaux sur la norme ALARA (*As Low As Reasonably Achievable*) en droit nucléaire.
- 3 **L'autoréglementation.** Les pratiques d'autoréglementation constituent une part importante des phénomènes normatifs observés dans l'ensemble des champs liés aux nouvelles technologies.
- 4 **Les rapports du juridique et de l'éthique.** Le droit entretient des rapports d'internormativité importants avec l'éthique, dont l'importance semble s'accroître en raison des phénomènes d'incertitude croissante occasionnés par les développements technologiques.

- 5 **La place des représentations et de l'imaginaire.** La création des normes (juridiques, éthiques ou autres) fait appel à la représentation symbolique du réel que les normes entendent organiser. L'étude des représentations et de l'imaginaire (le plus souvent collectif) des auteurs des normes est une dimension essentielle à la compréhension des phénomènes normatifs.
- 6 **La tension entre droits de la personne et solidarités.** Les normes se développent dans une tension constante entre le privé et le public. Les choix de société qu'appellent les nouvelles technologies mettent en lumière ce phénomène ancien avec une acuité nouvelle.

Ce rapport explicitait les relations, entre elles et avec chacun des axes du programme, des quelque mille publications et communications des 22 membres de l'équipe au cours de ces six années du programme¹. Ce rapport a donné lieu à une évaluation très positive faite par le programme des Actions structurantes du PIRDT. Cette évaluation faite par un jury d'experts internationaux et entérinée par le comité scientifique a été si positive que le PIRDT a été le seul programme de sciences humaines, financé par le programme des Actions structurantes, dont l'évaluation des experts n'ait pas été suivie d'une visite par un comité visiteur. Cette évaluation a permis l'obtention du statut de professeur régulier par René Côté et Katia Boustany le 1^{er} janvier 1992.

Ce programme, ce rapport et ces six propositions furent le point de départ de la très importante activité scientifique à laquelle Katia Boustany a participé dans sa trop courte carrière universitaire, avec ses nombreux projets de recherche, ses publications de premier plan et la direction rigoureuse de nombreux étudiants et étudiantes gradués. Katia et plusieurs autres collègues en ont tiré un important ouvrage sous la direction du doyen de la Faculté de science politique et droit de l'UQAM, le professeur René Côté, et du sociologue Guy Rocher², ouvrage qui allait orienter la suite de sa carrière universitaire.

Je n'évoquerai ici que les principales réflexions que nous a inspiré le dernier projet auquel nous avons travaillé ensemble et dont le titre, à lui seul, résume plusieurs des intérêts de recherche de Katia : *Mondialisation et processus normatifs; Fonctions de l'État et État de droit : entre libéralisation des marchés et préoccupations des citoyens*³.

¹ René Côté, Pierre Mackay, Guy Rocher et Pierre Trudel, *Le programme interuniversitaire de recherche sur le droit et les technologies; Bilan et perspectives*, Montréal, Ed. conjointe Cahiers du CRDP et Recherches, 1992.

² Voir Katia Boustany, « Technologie(s) et phénomène d'internationalisation des normes » dans René Côté et Guy Rocher, dir., *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1994 à la p. 363.

³ Projet CRSHC 501-2001-0167 financé par le Programme INÉ - Initiative de la nouvelle économie (2002-2006). Katia Boustany était la chercheuse principale et les co-chercheurs étaient la professeure Adelle E. Blackett de la Faculté de droit de l'Université McGill; le professeur Dorval Brunelle du Département de sociologie de l'UQAM; le professeur François Crépeau de la Faculté de droit de

Inscrite dans la lignée des travaux engagés à la frontière du droit et de la sociologie politique autour des mécanismes de transposition des instruments normatifs internationaux dans la sphère juridique nationale et, plus généralement, dans la politique domestique, nous avons étudié, à travers le prisme des fonctions de l'État, de l'État de droit et des préoccupations des citoyens, certains processus normatifs qui ont émergé dans le cadre de la mondialisation et de la libéralisation des échanges, et examiné les formes et modalités d'incorporation dans le droit et l'espace normatif internes des dispositifs normatifs et autres engagements élaborés ou souscrits au terme d'un processus concerté – conventionnel ou non conventionnel.

Accompagné d'un discours politique le présentant comme une « génération spontanée » irrésistible et inéluctable⁴, le phénomène de la mondialisation des échanges révèle, en réalité, une distorsion dans le comportement de l'État selon qu'il s'inscrit dans l'ordre juridique international ou dans l'ordre juridique interne. Dans le premier cas, l'État demeure le négociateur majeur des règles qui régiront la libéralisation du commerce à l'échelle internationale; tandis que dans la sphère nationale il est conduit à se « retirer »⁵ du domaine de la réglementation économique et technoscientifique au motif que la compétitivité sur les marchés mondiaux requiert pour les agents économiques (entreprises, techno-industries, secteurs de services, etc.) une liberté d'action et des marges de manœuvre⁶ qui ne soient pas obérées par les coûts liés au respect de réglementations contraignantes.

Parallèlement à ce double mouvement étatique d'agir international et d'abstention nationale sous-tendant ce que l'on peut qualifier de relative dévitalisation de la fonction normative de l'État, on assiste, tant à l'échelle internationale qu'au niveau national, à un développement accentué d'une normativité de *soft law* – y compris de processus d'autorégulation ou de régulation « contractualisée » impliquant généralement les destinataires mêmes des normes ainsi produites – dont la mise en œuvre ne revêt pas de caractère obligatoire mais dépend de la bonne volonté de ces destinataires. Il y a ainsi un déplacement de l'activité normative du domaine de l'État et de ses organes constitués vers des instances publiques ou privées, internationales ou nationales, si bien que des questions sont soulevées quant à la légitimité de ces lieux comme de ces modes divers de production normative⁷.

Cet ensemble de constats, d'analyses et d'appréciations esquisse un panorama à travers lequel apparaissent des modifications dans l'accomplissement par l'État de ce qui est considéré comme ses fonctions traditionnelles, et questionne de ce

l'Université de Montréal et le professeur Pierre Mackay de la Faculté de science politique et de droit de l'UQAM.

⁴ Riccardo Petrella, *Écueils de la mondialisation*, Montréal/Québec, Fides/Musée de la civilisation, 1997.

⁵ Susan Strange, *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge University Press, 1996.

⁶ Serge Cordelier, dir., *La mondialisation au-delà des mythes*, Paris, La Découverte, 1997.

⁷ François Depelteau et Paule Halley, « Les effets et la légitimité d'une régulation néo-libérale » dans Guy Giroux, dir., *L'État, la société civile et l'économie. Turbulences et transformation*, Sillery/Paris, Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, 2001 aux pp. 105-155.

fait, tout à la fois, la théorie constitutionnelle dans sa relation à l'État de droit, à ses composantes, à son fonctionnement; et les fondements du droit international, notamment dans le prisme des rapports entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne.

En effet, l'une des fonctions cardinales de l'État, exercée par la conjugaison de l'action gouvernementale et de l'exercice parlementaire, est de produire les règles de droit régissant la société; la norme juridique ainsi générée, tout en formalisant un certain type de rapports sociaux, vise à protéger « les individus et les groupes contre les décisions arbitraires et les comportements dangereux d'autres individus, de personnes morales de droit public ou privé et de l'État lui-même »⁸. Dans cette optique, la production normative devrait avoir pour finalité d'exercer un arbitrage entre les différentes forces sociales dont les intérêts et les perceptions peuvent diverger. À cet égard, l'État apparaît comme l'instance à laquelle il revient d'assumer cette fonction d'arbitre à travers les mécanismes traditionnels de la démocratie parlementaire et du gouvernement responsable⁹, compte tenu, par ailleurs, du fait que sur le plan de la théorie constitutionnelle le concept de l'État de droit assujettit le pouvoir étatique lui-même au respect du droit dans sa dimension à la fois strictement juridique et axiologique¹⁰.

Par ailleurs, si le droit international dans certains développements jurisprudentiels depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale admet que les États ne bénéficient plus de manière exclusive dans la société internationale de la qualité de sujets¹¹, celle-ci pouvant s'étendre dans une certaine mesure aux personnes privées, en particulier les personnes morales¹² telles les entreprises transnationales – par leurs activités et/ou par leurs structures¹³ – il n'en résulte pas pour autant que des dispositifs normatifs élaborés par des sujets non-étatiques, et ne procédant donc pas de l'action directe de l'État dans l'ordre juridique international, puissent être reçus comme applicables dans l'ordre juridique interne. Les controverses théoriques sur la portée des instruments de *soft law*¹⁴ revêtent, en effet, un relief singulier, ces derniers temps, dans le contexte de la mondialisation alors que la référence politique à la norme internationale fait, de plus en plus souvent, office de légitimation à l'absence d'action réglementaire par l'État dans la sphère interne¹⁵.

Ces recherches nous ont amenés à considérer la mondialisation comme un phénomène multiforme qui suscite des inquiétudes du fait que ses agents

⁸ Simon Charbonneau, « Norme juridique et norme technique » (1983) 28 Archives de Philosophie du droit 283-291.

⁹ Georges Burdeau, *L'État*, Paris, Seuil, 1970.

¹⁰ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920-1922.

¹¹ *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*, Avis consultatif, [1949] C.I.J. rec. 174.

¹² *Affaire Texaco-Calasiatic c. Libye* (1977), (1977) 104-2 J.D.I. 367 (Sentence rendue par René-Jean Dupuy).

¹³ Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, L.G.D.G., 2002.

¹⁴ À ce sujet, voir par exemple Catherine Thibierge, « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit » (2003) RTD civ. 599 et Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit*, Paris, PUF/Quadrige, 2004.

¹⁵ Katia Boustany, François Crépeau, Pierre Mackay et Daniel Mockle, « Mondialisation et État de droit : Quelques réflexions sur la normativité technologique » (1996) 34 Can. Y.B. Int'l Law 233-248.

économiques majeurs, tels les marchés financiers, les entreprises transnationales ou encore les secteurs d'innovations technoscientifiques, paraissent soustraits à un quelconque contrôle, ou à tout le moins à un contrôle efficace, de sorte que ses acteurs mêmes tout comme les individus se retrouvent dépassés par des forces orientées vers un matérialisme croissant et des technologies remettant souvent en cause leurs aspirations, leurs traditions et leurs croyances.

En outre, dans un contexte de flux commerciaux favorisant non seulement la libre circulation des biens mais également celle des risques – et cela a été singulièrement illustré par la succession de crises qui ont frappé et qui frappent l'Union européenne, l'Amérique du Nord et l'Asie en matière de sécurité sanitaire dans le domaine agricole et alimentaire – la conjonction d'une relative dévitalisation des fonctions normatives de l'État avec la survenance à l'échelle commerciale de produits résultant de divers secteurs de la technoscience, notamment les organismes génétiquement modifiés (OGM), semble participer à la fois du discrédit des gouvernants¹⁶ et des réactions, parfois violentes, plus facilement virulentes, de rejet de la mondialisation et des conséquences négatives qui lui sont attribuées sur la société tant à l'échelle nationale qu'au niveau international, aussi bien par des observateurs que par des citoyens et leurs associations.

Nombreuses et variées, les critiques relatives à la mondialisation, à ses promoteurs et à la vision de l'État que ceux-ci préconisent¹⁷, manifestent, dans leur substance, des préoccupations profondes concernant la démocratie et les droits de la personne – deux piliers de l'État de droit avec lequel ils constituent ce qui a été qualifié de « triptyque fondationnel de l'État contemporain »¹⁸.

À la lumière de ce qui précède, il nous a paru important d'examiner dans quelle mesure et de quelle manière la mondialisation est susceptible d'affecter les fonctions de l'État et du droit, et, subséquemment, la démocratie et l'État de droit. Pour cela, compte tenu à la fois des préoccupations en matière de régulation et du caractère pluriel et multiforme de la mondialisation, nous avons fait l'analyse de trois processus normatifs différents entretenant, sous des formes et à des degrés variables, des relations avec la libéralisation des marchés. Dans le cadre de la Commission du libre-échange de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), nous nous sommes penchés sur les travaux et méthodes de détermination normative du Groupe de travail sur les normes de classement et de qualité des produits agricoles (GNCQPA) qui fait partie du Comité du commerce agricole (CCA); et du Comité sur les mesures normatives (CMN) établi en vertu de l'article 913 de l'ALÉNA¹⁹. Il est notable que l'une des recommandations résultant de l'examen opérationnel de

¹⁶ Ignacio Ramonet, *Nouveaux pouvoirs, nouveaux maîtres du monde*, Montréal/Québec, Éd. Fides/Musée de la Civilisation, Coll. Les grandes conférences, 1996 à la p. 13.

¹⁷ Riccardo Petrella, *supra* note 4.

¹⁸ François Crépeau, « Droits de l'Homme et État de droit en Occident : Outils normatifs du pluralisme institutionnel » dans Soheil Kash et Marie-Hélène Parizeau, dir., *Pluralisme, Modernité et Monde Arabe – Politique, droits de l'Homme et bioéthique*, Québec-Bruxelles-Beyrouth, Presses de l'Université Laval-Bruylant-Delta, 2001.

¹⁹ Voir en ligne : Affaires étrangères et Commerce international Canada <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/chap09-fr.asp?#Article913>>.

l'ALÉNA préconise la collaboration entre ces deux lieux d'activité normative afin, entre autres, de considérer « la possibilité de négocier des accords pour la reconnaissance mutuelle des résultats obtenus par les procédures qu'emploie une autre Partie pour évaluer la conformité »²⁰.

L'ensemble de ces travaux normatifs soulève des questions quant au niveau auquel sont prises les décisions. D'une part, on peut en effet se questionner sur la qualité des intervenants et les méthodes de travail au sein de ces deux instances. D'autre part, on peut aussi se demander dans quelle mesure les conclusions résultant des travaux du GNCQPA et du CMN remontent au niveau le plus élevé de la Commission sur le libre-échange et, de là, vers des instances de décision politique à l'échelle du Gouvernement canadien ou même, éventuellement, du Parlement. Enfin, on peut aussi s'interroger sur la détermination des critères et référents pertinents et appropriés – ce qui met en cause la légitimité des choix normatifs issus de tels processus dans un État de droit.

Dans le domaine des conditions de travail, les codes de conduite développés en la matière par certaines entreprises transnationales (*codes of corporate conduct*) constituent un phénomène qui manifeste une tendance récente, dans le cadre de la mondialisation, à adopter des dispositifs normatifs non contraignants. Ces codes de conduite, qui se classent génériquement parmi les instruments de *soft law*, ont la particularité d'être des dispositifs d'auto-régulation – « *self regulatory initiatives* »²¹ – destinés par les entreprises à s'appliquer à leurs propres activités dans un environnement où un corpus de droit du travail existe habituellement par ailleurs, du moins sur le plan formel. Dès lors, ces codes soulèvent deux séries de questions importantes. En premier lieu, celles de leur fonction dans le domaine du droit du travail, de leur interférence avec les législations nationales en la matière et avec la *Déclaration de l'OIT de 1998 sur les principes et droits fondamentaux du travail*²², et de leur impact sur les normes nationales et internationales adoptées selon les processus institutionnels dans lesquels l'État met en œuvre ses compétences normatives traditionnelles tant dans l'ordre juridique interne que dans l'ordre juridique international. En second lieu, celles, subséquentes, qui se rattachent, là encore, à la légitimité de ces codes, compte tenu du lieu d'où ils émanent et de leur mode d'élaboration, alors même que l'Organisation internationale du travail (OIT) associe par sa structure tripartite les employeurs, aux côtés des États et des travailleurs, dans le processus d'élaboration normative.

Notre recherche aura ainsi contribué :

1. À mettre en évidence les interactions entre l'espace normatif international et l'espace normatif national, notamment en ce qui concerne l'incorporation imparfaite des normes internationales au niveau national;

²⁰ Voir en ligne : Affaires étrangères et Commerce international Canada <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/chap09-fr.asp?#Article908>>.

²¹ Adelle Blackett, « Global Governance, Legal Pluralism and the Decentered State : A Labour Law Critique of Codes of Corporate Conduct » (2000-2001) 8 Ind. J. Global Legal Stud. 401.

²² *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, 18 June 1998, 37 I.L.M. 1233.

2. À repérer les incidences de la mondialisation sur les processus normatifs à la fois dans l'espace international et dans l'espace national pour mettre au jour les modifications subséquentes aux fonctions de l'État et du droit eu égard aux préoccupations relatives à la démocratie et à l'État de droit;
3. À procéder à la confrontation de l'ensemble de ces données avec la théorie constitutionnelle classique de la démocratie et de l'État de droit en vue de proposer, là où cela s'avère nécessaire, une réflexion renouvelée et des ajustements théoriques et pragmatiques à l'exercice des fonctions de l'État et à la réalisation de la fonction du droit d'une manière qui préserve la démocratie, l'État de droit et la protection des droits fondamentaux des citoyens tout en répercutant, là où cela est possible dans une telle perspective, les réalités façonnées par la mondialisation.

* * *

Les travaux et les réflexions de Katia Boustany nous serviront maintenant de guides dans les travaux que nous continuerons, après son départ, et qui seront dorénavant portés par des étudiantes et étudiants que Katia a si remarquablement formés²³.

²³ Voir par exemple Geneviève Dufour, Olivier Barsalou et Pierre Mackay, « La mondialisation de l'État de droit entre dislocation et recomposition : le cas du Codex alimentarius et du droit transnational » (2006) 47-3 C. de D. 475-513.