

Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global*

Daniel MOCKLE**

Le droit des organisations internationales et le droit international administratif constituent des champs classiques qui relèvent du droit international public. L'essor des travaux sur la mondialisation a mis en lumière de nouvelles dimensions transnationales dans l'élaboration de règles et de standards par des entités hybrides ou privées. Le projet de droit administratif global (global administrative law), lancé à New York en 2005, porte sur un élargissement par l'inclusion de fonctions de contrôle, de normalisation et de régulation qui ne relèvent pas exclusivement des organisations internationales. Cette situation rendrait indispensable l'élaboration de nouveaux principes, ainsi que des mécanismes d'imputabilité, sans perdre de vue pour autant les travaux des organisations internationales qui soulèvent des problèmes similaires. Encore peu connu du public francophone, ce débat est en constante progression alors que la réalité même du droit administratif global reste controversée.

Un examen attentif de ce débat permet de dégager deux axes où la légitimité et la juridicité du droit administratif global alimentent de nombreuses questions. La synthèse de cette évolution montre des lacunes. Engagés dans un renouveau théorique sur le fondement de la mondialisation, du droit transnational et postnational, des professeurs venus de divers champs du droit, notamment le droit international et le droit administratif, ont décrit et parfois postulé l'existence d'un droit administratif globalisé. Si la réponse pouvait être affirmative pour cet élargissement du droit administratif, le débat engagé a négligé le contenu, et les acquis, des différents droits administratifs nationaux, qui ont été exclus d'emblée

* Le présent texte a fait l'objet d'une conférence à Paris le 9 mars 2011 («Le droit administratif global : réflexions sur un débat polémique») dans le cycle de conférences «Gouvernances comparées» du Centre d'études et de recherches de sciences administratives et politiques (CERSA) de l'Université Paris II Panthéon-Assas.

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

en 2005. La démarche méthodologique suivie par la majorité des auteurs est du type holistique sans qu'aucun débat ait pu être engagé sur la pertinence de plusieurs notions propres au droit administratif à titre de cadre conceptuel qui permettrait de décrire l'action administrative dans toute sa complexité et ses raffinements. L'existence d'un patrimoine commun pour tous les droits administratifs nationaux, peu importe que la filière soit du type romaniste ou de common law, laisse augurer plusieurs développements positifs pour la dimension administrative de la mondialisation.

The branch of law covering the field of international organizations constitutes a specific sector of international public law. While this field may remain open to change and evolution, the expansion of research into globalization has shed light on new transnational dimensions in the drafting of rules and standards by hybrid or private initiatives. The Global Administrative Law project initiated in New York in 2005 seeks expansion by including controlling, standardizing and regulating functions that do not come exclusively under the authority of international organizations. Such a situation could make indispensable the development of new principles as well as accountability mechanisms, while including the operation of international organizations. Although still little known in French-speaking circles, this is a debate in continuous fruition while the ongoing reality of Global Administrative Law remains controversial.

A close examination of this debate makes it possible to emphasize two vectors of thinking in which the legitimacy and juridicity of Global Administrative Law fuel a variety of issues. As such, legal scholars hailing from different fields of law, are involved in a theoretical renewal of the basis of globalization, transnational and postnational law, more specifically international and administrative law. As such they have described and occasionally postulated the existence of the Global Administrative Law. This debate has often overlooked content, as well as the achievements of various national administrative legal systems, which in 2005 were rapidly excluded owing to the transnational dimensions of such themes. The existence of a common heritage for all national administrative law systems, whether issuing from Romanist or Common Law traditions constitutes an issue that cannot be ignored within the perspective of expansion based upon globalization. Deprived of these concrete

achievements, the on-going debate on Global Administrative Law remains vulnerable to the methodological holism who prevail in this field.

	<i>Pages</i>
1 La légitimité du droit administratif global	10
1.1 De la légitimité démocratique à la légitimité formelle du droit	12
1.2 L'hypothèse de la constitutionnalisation des principes généraux	17
1.3 Les ambiguïtés relatives à la nature de l'imputabilité	23
2 Les controverses sur la juridicité du droit administratif global	27
2.1 Le droit et la bonne gouvernance: la fluidité croissante des principes	29
2.2 La tentation essentialiste	34
2.3 Le phénomène de la normalisation technique	41
Conclusion	45

Depuis 2005, le droit administratif global (*global administrative law*) constitue un nouvel objet de recherche dans un contexte où le « droit des organisations internationales » reste la référence habituelle, ainsi que l'expression « droit international administratif »¹. En langue anglaise, l'expression *international institutional law* est largement employée pour l'étude des organisations internationales, dont plusieurs sont très connues: l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA), l'Autorité internationale des fonds marins, le Fonds monétaire international (FMI), le Haut-Commissariat pour les réfugiés (HCR), l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), l'Organisation internationale du travail (OIT), l'Organisation maritime internationale (OMI), l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), l'Organisation mondiale de la santé (OMS), ainsi que l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO). Celle qui jouit de la plus grande notoriété est sans conteste l'Organisation mondiale du commerce (OMC) dont l'existence découle de l'*Accord de Marrakech* signé le 15 avril 1994, mais dont l'entrée en vigueur

1. Eleanor D. KINNEY, «The Emerging Field of International Administrative Law: Its Content and Potential», (2002) 54 *Admin. L. Rev.* 415.

remonte au 1^{er} janvier 1995². L'architecture formelle de ces organisations de même que leur fonctionnement et leurs moyens d'intervention constituent déjà un champ considérable d'investigations et d'analyse pour des ouvrages de synthèse³. La première décennie du XXI^e siècle a néanmoins été marquée par l'essor des réflexions sur la mondialisation, ce qui a créé ainsi un cadre propice à un renouveau de la réflexion.

Dans un numéro thématique de la revue *Law and Contemporary Problems* paru en 2005, les professeurs Benedict Kingsbury et Richard Stewart, (à la New York University School of Law), ainsi que Nico Krisch (à l'époque professeur à Oxford, au Merton College, maintenant professeur à Berlin⁴), ont entamé une importante réflexion en fonction de cette nouvelle dimension («The Emergence of Global Administrative Law») ⁵. Sur le fondement de plusieurs constats où figurent les expressions *global administration* et *global administrative space*, ils reconnaissent l'importance considérable des organisations internationales, mais ils cherchent à élargir le cadre d'analyse afin de mieux préciser l'impact de la mondialisation. En plus du phénomène de l'administration résultant de l'action des organisations internationales, ils ajoutent quatre autres dimensions : 1) l'administration résultant de l'application d'accords internationaux ou du fonctionnement de réseaux transnationaux, comme en témoigne l'existence du Comité de Bâle pour le contrôle prudentiel bancaire (Basel Committee on Banking Supervision) ; 2) les administrations nationales agissant pour l'application de traités, d'accords ou de régimes de coopération ; 3) l'administration par des organismes hybrides, dont le plus connu est sans conteste l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) pour l'attribution des noms de domaines (DNS) et des adresses IP ; et 4) l'administration par des institutions privées investies de fonction de régulation,

2. *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay. Textes juridiques*, Secrétariat du GATT, Genève, 15 avril 1994, [En ligne], [www.wto.org/french/docs/f/legal_f/04-wto_f.htm] (3 novembre 2011).

3. Jan KLABBERS, *An Introduction to International Institutional Law*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2009 ; Chittharanjan Félix AMERASINGHE, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2005 ; Henry G. SCHERMERS et Niels M. BLOKKER, *International Institutional Law. Unity Within Diversity*, 4^e éd., Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003 ; Manuel Diez de VELASCO VALLEJO, *Les organisations internationales*, traduit par Leonor Brigitte ALLARD, Paris, Economica, 2002 (version française de *Las Organizaciones internacionales*, 14^e éd., Madrid, Tecnos, 2006).

4. Hertie School of Governance, Berlin.

5. Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH et Richard B. STEWART, «The Emergence of Global Administrative Law», (2005) 68 *Law & Contemp. Probs.* 15.

comme c'est le cas de l'Agence anti-dopage liée au Comité olympique international, ou encore l'International Standardization Organisation (ISO).

Cet élargissement a pour objet d'inclure des fonctions de contrôle, de normalisation et de régulation dont l'importance est considérable en n'ayant plus d'assises nationales, tout en étant devenues mondiales ou transnationales. Ce qui est clair et qui confirme la pertinence de ce champ de recherche, c'est l'existence d'un ensemble d'organismes non gouvernementaux du type administratif qui remplissent des fonctions administratives (au sens habituel de ce terme en droit administratif). Cette situation rend indispensable l'élaboration de nouveaux principes et des mécanismes d'imputabilité, ainsi que l'élargissement des sujets du droit international public au-delà de la réalité des États pour inclure d'autres acteurs, notamment des organisations non gouvernementales (ONG), ainsi que des organismes de normalisation technique dont le statut peut varier (organismes privés ou hybrides). L'objectif central du projet lancé en 2005 consiste à analyser le rôle du droit administratif ou, nuance importante, la manière dont des mécanismes, des règles et des procédés comparables au droit administratif sont utilisés pour la promotion de la transparence, de la participation et de l'imputabilité dans des structures hybrides ou du type *multilevel*, et qui présentent comme caractéristique commune des responsabilités du type *decision making*. Dans cette perspective, le droit administratif international serait trop étroit et toute analogie avec les droits administratifs nationaux ne serait plus vraiment possible. Le droit administratif global est conçu suivant les prémisses politiques et conceptuelles de la globalisation et de la gouvernance mondialisée, ce qui le démarque d'emblée du droit international administratif, ainsi que du droit international public. L'évolution de ce nouveau champ relève davantage de l'élargissement de l'objet d'analyse que d'une logique d'évincement. Sans poser aucune appréciation préliminaire, favorable ou défavorable, nous devons reconnaître que la globalisation suscite des interrogations nouvelles. Nous avons choisi d'orienter le débat vers la globalisation et non vers la mondialisation, compte tenu du terme *globalization* qui sert de référence pour le monde anglo-américain.

Le projet de 2005 n'est pas pour autant iconoclaste. Une importante bibliographie figure à la fin du numéro de la revue *Law and Contemporary Problems* consacré au droit administratif global⁶ pour souligner les publications de tous ceux qui *pourraient être considérés* comme des pionniers, notamment (pour le XIX^e siècle) les réflexions visionnaires de Lorenz von Stein et (pour le XX^e siècle) les travaux de Paul Négulesco, de Georges

6. Dave GUNTON et autres, « A Global Administrative Law Bibliography », (2005) 68 *Law & Contemp. Probs.* 357.

Scelle, de Karl Neumeyer, de Soji Yamamoto, ainsi que des apports plus contemporains, comme celui de Stefano Battini, le premier auteur à avoir proposé de reconnaître l'existence du droit administratif global⁷.

Entre les premières publications antérieures à l'étude de la mondialisation et de la globalisation, et le droit administratif global, il n'existe pas de filiation directe. Dans sa préface à l'ouvrage de Sabino Cassese, *Au-delà de l'État*, publié en 2011, Philippe Cossalter met en lumière l'existence de deux courants, soit le droit international administratif par opposition au droit administratif international⁸. Le premier correspond pour l'essentiel au champ contemporain du droit des organisations internationales. En contrepartie, le second avait pour objet l'étude des éléments d'extranéité pouvant être inclus et utilisés dans les droits administratifs nationaux. Outre le fait que ces deux champs ont parfois été confondus (problèmes de terminologie), ils ont été progressivement intégrés dans leurs propres champs de relevance. Le droit international administratif relève désormais du droit international public, comme le montrent les ouvrages contemporains qui offrent de nombreux développements sur les organisations internationales. De même, le droit administratif international a été intégré dans les droits administratifs nationaux, car il n'est plus possible d'étudier le droit administratif sans mesurer l'impact des sources formelles du droit international public ou du droit supranational (droit européen pour les États membres de l'Union européenne).

Les premiers travaux ne pouvaient pas anticiper l'existence d'une communauté internationale qui ne fonctionne plus sur la base exclusive des relations interétatiques. L'ouverture progressive à d'autres sources ou à d'autres acteurs est un phénomène nouveau et encore controversé. Dans ce contexte, le recul temporel est trop étroit pour dégager des conclusions péremptoires sur ce que pourrait représenter un « droit administratif global » sur le plan des acquis. En revanche, l'existence d'un débat dans les milieux académiques est incontestable par des publications majeures sous forme

7. Stefano BATTINI, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milan, Giuffrè, 2003, p. 197 (*Verso la formazione di un sistema amministrativo proprio di un ordine giuridico globale*); Stefano BATTINI, « Organizzazioni internazionali e soggetti privati : verso un diritto amministrativo globale ? », (2005) 55 *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 359, 377 (application directe pour les individus).

8. Sabino CASSESE, *Au-delà de l'État*, traduit par Philippe COSSALTER, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 8.

d'articles, notamment celles de Sabino Cassese⁹ et de Carol Harlow¹⁰, ou encore sous forme d'ouvrages, comme celui qui a paru en Afrique du Sud en 2009¹¹, ou, plus récemment, en 2011, *Values in Global Administrative Law*¹², *Transnational Administrative Rule-Making*¹³, et *Au-delà de l'État*¹⁴. Les professeurs et les chercheurs intéressés peuvent être issus d'autres aires géographiques¹⁵. Des ouvrages qui ne sont pas directement orientés vers le droit administratif global peuvent également offrir une contribution importante, comme le montre *The Twilight of Constitutionalism ?* paru en 2010¹⁶. Une controverse existe dans la mesure où l'existence même du droit administratif global a été contestée. De façon tout aussi significative, un autre projet d'envergure a été instauré en fonction d'un cadre conceptuel davantage axé sur les organismes internationaux avec une nette insistance sur le droit public¹⁷. Un numéro thématique de l'*International Organizations Law Review*, dirigé par les professeurs Laurence Boisson de Chazournes, ainsi que Lorenzo Casini et Benedict Kingsbury, tente de concilier ce champ « émergent » (*emerging field*) du droit administratif global avec celui du droit des institutions internationales (*international institutional law*)¹⁸. Le droit des organisations internationales reste la référence classique. Ce champ du droit relève du droit international public.

-
9. Sabino CASSESE, « Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation », (2006) 37 *N.Y.U.J. Int'l. L. & Pol.* 663. La traduction de ce texte a été faite par Jean-Bernard Auby : S. CASSESE, « Le droit administratif global : une introduction », *Droit administratif* 2007.5.17. Les notes subséquentes renvoient à la version originale en anglais.
 10. Carol HARLOW, « Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values », (2006) 17 *E.J.I.L.* 187.
 11. Hugh CORDER et autres (dir.), *Global Administrative Law: Development and Innovation*, Le Cape Town, Juta, 2009.
 12. Gordon ANTHONY et autres (dir.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
 13. Olaf DILLING, Martin HERBERG et Gerd WINTER (dir.), *Transnational Administrative Rule-Making. Performance, Legal Effects, and Legitimacy*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
 14. S. CASSESE, préc., note 8. L'ouvrage initial de Sabino CASSESE, *Oltre lo Stato*, Bari, Laterza, 2006, a été complété par des publications subséquentes du même auteur.
 15. Pour le monde hispanophone : Javier ROBALINO-ORELLANA et Jaime RODRIGUEZ-ARANA MUNOZ (dir.), *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, Londres, Cameron May, 2010.
 16. Petra DOBNER et Martin LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
 17. Armin von BOGDANDY et autres (dir.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Heidelberg, Springer, 2010.
 18. Benedict KINGSBURY et Lorenzo CASINI, « Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law », (2009) 6 *International Organizations Law Review* 319.

Outre les ouvrages, il faut signaler l'existence de revues scientifiques : l'*International Organizations Law Review*, depuis 2004, et l'*International Organization*, qui a démarré en 1965 à Cambridge, aux États-Unis.

Ces divergences inévitables n'ont pas pour autant diminué l'essor des publications relatives au droit administratif global qui constituent un corpus diffusé essentiellement en langue anglaise. Les difficultés liées à la constitution d'un cadre cohérent pour le droit administratif global restent importantes. Si le débat sur la légitimité est récurrent dans plusieurs textes, la controverse engendrée par l'identité de ce champ réintroduit un questionnement sur ce que peut représenter le « droit administratif » hors du champ des droits nationaux. Si l'existence de plusieurs traditions nationales est désormais acquise au-delà du simple clivage entre le monde romaniste et les systèmes de common law¹⁹, elles n'en présentent pas moins des caractéristiques communes qui n'existent pas dans le champ du droit des organisations internationales et de la globalisation. Ces obstacles ne sont pas pour autant éludés par plusieurs auteurs qui tentent de les surmonter par des approches du type holistique. C'est précisément cette démarche méthodologique qui donne une relative homogénéité à ce corpus, car le droit administratif global reste trop souvent une réalité fragmentée, sans véritable unité.

1 La légitimité du droit administratif global

De quel champ relève le droit administratif global ? Est-ce du droit international ou du droit administratif avancé ou bien est-il davantage un prolongement des études sur la globalisation ? Dans la mesure où l'existence d'un droit administratif est postulé, quel peut être le cadre de référence pour un droit au sujet duquel certains insistent sur le caractère « a-national », qui dépasse la réalité de l'État (*beyond the State*) et des États²⁰ ? Dans la mesure où il est présenté suivant le phénomène de la globalisation, il peut être considéré comme la conséquence directe des travaux liés à ce thème,

19. Michel FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Paris, Presses universitaires de France, 2006, p. 13 (existence de trois modèles majeurs : le modèle français, le modèle allemand et le modèle anglais).

20. S. BATTINI, préc., note 7, p. 271 ; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, préc., note 14. Sur ce thème du *beyond* qui ne peut être traduit simplement par l'« au-delà » (en anglais, les termes *above* et *without* sont également employés), il est possible de remonter dans le temps : John HOFFMAN, *Beyond the State. An Introductory Critique*, Cambridge, Polity Press, 1995. Dans une perspective orientée vers la globalisation : Gunther TEUBNER (dir.), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997.

lesquels, sous réserve de plusieurs exceptions²¹ n'abordent pas forcément les dimensions juridiques²² ou n'en retiennent qu'une seule dimension²³. Par contre, d'autres ouvrages ont pour objet d'étude les organisations internationales dans la perspective de la globalisation²⁴. Cette dernière reste par ailleurs un champ de controverses et d'analyses critiques²⁵.

Dans la mesure où le postulat de l'existence d'un droit administratif global remonte à 2005, il serait facile de faire une lecture événementielle de ce débat puisque les mécanismes normaux du droit international public étaient alors dans une impasse compte tenu de l'unilatéralisme américain (guerre d'Irak en 2003). Cependant, le démarrage des études sur la globalisation est antérieur à ces événements et reflète une thématique caractéristique de la première décennie du XXI^e siècle. Dans ce contexte, l'apparition d'une réflexion sur l'existence du droit administratif global paraît d'autant plus plausible qu'elle reflète l'importance grandissante des

-
21. Sabino CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003 ; Jean-Bernard AUBY, « Globalisation et droit public », dans Jean WALINE (dir.), *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 135 ; Jean-Bernard AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2010 [1^{re} éd. : Montchrestien, 2003]. Pour d'autres publications : David B. GOLDMAN, *Globalisation and the Western Legal Tradition. Recurring Patterns of Law and Authority*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 ; Giuliana ZICCARDI CAPALDO, *The Pillars of Global Law*, Aldershot, Ashgate, 2008 ; John J. KIRTON et Jelana MADUNIC (dir.), *Global Law*, Farnham, Ashgate, 2009 ; Rafael Domingo, *The New Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 98.
 22. Ulrich BECK, *What is Globalization ?*, Cambridge, Polity Press, 2000 ; David HELD, *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*, Cambridge, Polity Press, 2004 ; Rorden WILKINSON (dir.), *The Global Governance Reader*, New York, Routledge, 2005 ; Michael BARNETT et Raymond DUVAL, *Power in Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 ; Jim WHITMAN, *The Fundamentals of Global Governance*, New York, Palgrave Macmillan, 2009.
 23. Thomas G. WEISS et Ramesh THAKUR, *Global Governance and the UN. An Unfinished Journey*, Indianapolis, Indiana University Press, 2010, p. 259 (human rights).
 24. Margaret P. KARNS et Karen A. MINGST, *International Organizations. The Politics and Processes of Global Governance*, 2^e éd., Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2010, p. 5 (classification) ; Jonathan G.S. KOPPELL, *World Rule. Accountability, Legitimacy, and the Design of Global Governance*, Chicago, The University of Chicago Press, 2010, p. 72 (global governance organizations).
 25. Rorden WILKINSON et Steve HUGHES (dir.), *Global Governance: Critical Perspectives*, New York, Routledge, 2002 ; Markus LEDERER et PHILIPP S. MÜLLER (dir.), *Criticizing Global Governance*, New York, Palgrave Macmillan, 2005 ; Pierre de SENARCLENS et Ali KAZANCIGIL, *Regulating Globalization. Critical Approaches to Global Governance*, New York, United Nations University Press, 2007 ; Jean GRUGEL et Nicola PIPER, *Critical Perspectives on Global Governance. Rights and Regulation in Governing Regimes*, New York, Routledge, 2007 ; David HULME, *Global Poverty. How Global Governance is Failing the Poor*, New York, Routledge, 2010.

organisations internationales dans le champ du droit international. Rappelons que l'ouvrage de Stefano Battini remonte à 2003²⁶. L'essor des études sur la mondialisation et la globalisation marque donc le passage du xx^e au xxi^e siècle.

L'hétérogénéité de ces organisations en matière de responsabilités et de moyens d'intervention reflète un phénomène largement connu pour les droits administratifs nationaux : l'approche polycentrique induite par la multiplication d'organismes administratifs autonomes qui relèvent pour le droit administratif américain de la catégorie des *independent administrative agencies*, ou encore des autorités administratives indépendantes pour le droit administratif français. Dans ce contexte, le constat de l'*American Twist* posé par Carol Harlow²⁷, et repris par Alexander Somek²⁸, doit être relativisé. Si ces organisations reflètent un prototype connu, celui des autorités administratives indépendantes travaillant dans un contexte de régulation, le rapprochement esquissé par certains avec le droit américain²⁹ manque de réalisme. Dans l'espace globalisé, il n'y a aucune unité qui permettrait de faire un rapprochement avec l'*Administrative Procedure Act*³⁰ et ses garanties procédurales de transparence, de participation et de motivation des décisions rendues par les *independent administrative agencies*. Il n'y a aucune loi qui pourrait unifier un ensemble trop disparate d'organisations internationales, et les bases constitutionnelles sont inexistantes. Tout au plus, les organisations internationales agissent comme des autorités davantage autonomes que leurs équivalents nationaux, avec surtout l'avantage de l'absence du contrôle juridictionnel. Ce droit des organisations internationales, sans contentieux administratif ni légitimité, peut-il devenir pour autant du « droit administratif » ?

1.1 De la légitimité démocratique à la légitimité formelle du droit

Le constat du déficit démocratique est largement répandu³¹, car le rapprochement avec le droit public et les mécanismes politiques des États

26. S. BATTINI, préc., note 7; Alfred C. AMAN Jr. avait publié auparavant un ouvrage précurseur : *Administrative Law in a Global Era*, Ithaca, Cornell University Press, 1992, p. 131 (*global regulation*).

27. C. HARLOW, préc., note 10, 194.

28. Alexander SOMEK, « Administration Without Sovereignty », dans P. DOBNER et M. LOUGHLIN (dir.), préc., note 16, p. 267, à la page 271.

29. Richard B. STEWART, « U.S. Administrative Law : A Model for Global Administrative Law ? », (2005) 68 *Law & Contemp. Probs.* 63.

30. *Administrative Procedure Act*, Pub. L. No. 79-404, 60 Stat. 237, 5 U.S.C. § 551 (1946).

31. Ce constat est récurrent : Robert A. DAHL, « Can International Organizations be Democratic? A Skeptic's View », dans Ian SHAPIRO et Casiano HACKER-CORDON (dir.), *Democracy's Edges*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 19, aux pages 32 et suiv.

nationaux les plus avancés ne joue pas en faveur de la démocratisation de l'espace global. Carol Harlow le signale en ces termes : « In the modern nation-state, power is "billeted" and powers are "bounded"³². » En comparaison, « in global space, power is diffused to networks of private and public actors, escaping the painfully established controls of democratic government and public law³³ ». Sabino Cassese constate que cet espace juridique global est plus proche d'un système de gouvernance globale. Ce décentrement montre que la structuration de cet espace pose un problème d'unité en l'absence d'un élément essentiel : « Can there then be a world administration without a world government³⁴ ? » Déjà en 2002, Eleanor Kinney signalait, à titre de perception largement répandue (*common perception*), que les organisations internationales ne sont pas démocratiques, sans omettre les problèmes liés à leur accessibilité et à leur imputabilité³⁵. Dans leur texte de 2005, Benedict Kingsbury, Nico Krisch et Richard B. Stewart n'éluent pas cette dimension en signalant l'existence des revendications liées au « déficit démocratique » des organisations internationales³⁶.

Ces observations préliminaires montrent que la question de la légitimité peut être posée à différents niveaux. Au niveau institutionnel, l'architecture formelle de l'ordre international peut être mise en cause, car la question de la légitimité résulte autant de l'absence d'un équivalent fonctionnel du gouvernement représentatif au sommet que de l'absence d'imputabilité démocratique des organisations internationales. Créées par des traités, ces organisations présentent des caractéristiques communes, ainsi que le montre Sabino Cassese. Elles sont structurées sur la base d'un organe collégial (assemblée) où le mécanisme de la représentation par États, organisations nationales ou internationales est déterminant. Un organe plus restreint, désigné sous forme de conseil (*council*) est constitué de membres élus par l'assemblée. Ce dispositif est complété par un organe exécutif

(conclusion nuancée) ; Esref AKSU et Joseph A. CAMILLERI (dir.), *Democratizing Global Governance*, New York, Palgrave Macmillan, 2002 ; Andrew KUPER, *Democracy Beyond Borders. Justice and Representation in Global Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 6 ; Alfred C. AMAN JR., *The Democracy Deficit. Taming Globalization Through Law Reform*, New York, New York University Press, 2004 (importance des droits nationaux pour un contrôle effectif de la globalisation).

32. C. HARLOW, préc., note 10, 212.

33. *Id.*

34. S. CASSESE, préc., note 9, 670.

35. E.D. KINNEY, préc., note 1, 427 : « There is a nearly universal perception that these organizations and networks are inaccessible and unaccountable to ordinary people, although not necessarily to international corporations whose interests they often appear to promote and serve. »

36. B. KINGSBURY, N. KRISCH et R.B. STEWART, préc., note 5, 27.

du type secrétariat et par des comités où siègent des fonctionnaires issus des administrations nationales. Certes, le mécanisme de la représentation peut jouer par analogie, mais sans, par ailleurs, l'existence d'un processus électif comparable à la procédure démocratique des États nationaux dits « démocratiques ». Pour la dimension transnationale de l'espace juridique globalisé, la question de la légitimité reste sans réponse pour des réseaux ou des organismes hybrides.

Faut-il poser la question de la légitimité suivant d'autres prémisses ? Tout en reconnaissant le manque inévitable de fondement démocratique pour la gouvernance supranationale, le professeur Daniel C. Esty, de l'Université de Yale, propose d'autres pistes fondées sur l'expertise et la capacité de promouvoir le bien-être collectif (*social welfare*), l'ordre et la stabilité induits par la suprématie du droit (*rule of law*), la division des fonctions (*checks and balances*), le processus décisionnel (*structured deliberation*) et, plus précisément, le rôle des principes et des pratiques du droit administratif pour l'élaboration des politiques : « the institutional design of the policymaking process as structured by principles and practices of administrative law³⁷ ». Cette approche montre l'importance accordée au droit, ainsi qu'à des dimensions institutionnelles, en vue de résoudre la question de la légitimité. À de nombreux égards, ce texte représente bien l'esprit qui anime les spéculations contemporaines sur le droit administratif global, car le droit est investi d'une fonction supérieure de légitimation par la légalité. Ce phénomène correspond au « logicisme légaliste », analysé par Simone Goyard-Fabre, dans la mesure où les deux termes, « légitimité » et « légalité », ont une racine commune dans le latin *lex*. Son analyse montre ainsi l'assimilation de la légitimité à la légalité, plus exactement à la régularité juridique, ce qui traduirait une exigence de cohérence logique dans la recherche d'une procédure rationnelle, cohérente, stable, et prédéterminée par le droit. Ce programme répond de cette manière aux exigences des « modernes » (axiomatique technicoratoire chez Max Weber, fondement de la validité par des normes d'habilitation chez Hans Kelsen)³⁸. Les présupposés des auteurs qui argumentent en faveur du droit administratif global³⁹ renvoient à des propriétés formelles bien connues des juristes.

37. Daniel C. ESTY, « Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law », (2006) 115 *Yale L.J.* 1490, 1490.

38. Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, s.v. « Légitimité », p. 929 ; Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2003, s.v. « Légitimité », p. 390.

39. D.C. ESTY, préc., note 37, 1523 : « I simply wish to demonstrate a theoretically coherent connection between the deployment of a set of administrative-law-derived tools and the potential to enhance policymaking legitimacy at the global scale » ; Julia BLACK,

Ceux-ci raisonnent dans ce contexte suivant un cadre symétrique à celui que décrit Max Weber pour expliquer le cadre logico-formel de la régularité juridique dans l'essor du phénomène bureaucratique. Dans cette perspective, la légitimation des organisations internationales et des problématiques corollaires (réseaux transnationaux et organismes hybrides) répondrait de la même logique.

Le manque d'analogie avec l'évolution des droits administratifs nationaux doit également être signalé. Dans le projet de 2005, ils étaient en quelque sorte frappés de discrédit afin de décrire un droit du type supranational, dépassant la réalité des États. Cette dimension refait un peu surface dans des textes plus récents, comme celui de Nico Krisch. Ce dernier observe que l'approche induite par le droit administratif global ressemble aux premiers développements des systèmes de droit administratif de l'Europe continentale dans un contexte souvent marqué par l'existence de régimes monarchiques du type autoritaire⁴⁰. Sur le plan de l'effectivité et de la recevabilité des recours contentieux, le droit administratif a démarré au XIX^e siècle bien avant le droit constitutionnel, notamment en France. À l'exception du contrôle de constitutionnalité en droit américain, le phénomène du contentieux constitutionnel est relativement récent, avec des dates qui se situent davantage dans la seconde partie du XX^e siècle. Il n'est pas nécessaire de retracer le cheminement laborieux du recours pour excès de pouvoir en France, dont l'élargissement a été progressif jusqu'en 1872 (système de la justice retenue). La légitimité du droit administratif et du Conseil d'État a ainsi été contestée⁴¹ dans un contexte institutionnel pourtant plus favorable que celui qui sert de toile de fond au droit administratif global. Une chaire de droit administratif à la Faculté de droit de Paris a été créée par ordonnance le 24 mars 1819 pour être attribuée au conseiller d'État Joseph-Marie de Gérando (1772-1842). Considéré comme « dangereux et subversif », l'enseignement du droit administratif est supprimé en 1822, pour être de nouveau rétabli en 1828 en faveur du conseiller d'État Gérando⁴². En dépit de cette institutionnalisation universitaire, le droit

« Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes », *Regulation & Governance*, vol. 2, 2008, p. 137.

40. Nico KRISCH, « Global Administrative Law and the Constitutional Ambition », dans P. DOBNER et M. LOUGHLIN (dir.), préc., note 16, p. 245, à la page 258 : « the GAL approach resembles the early steps of continental European administrative law systems in the nineteenth century, most of which developed in a normatively largely unsatisfactory – usually monarchical, often authoritarian – environment ».
41. François BURDEAU, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 90.
42. Katia WEIDENFELD, *Histoire du droit administratif. Du XIV^e siècle à nos jours*, Paris, Economica, 2010, p. 65.

administratif reste controversé pendant quelques décennies. L'enseignement du « droit politique » (droit constitutionnel) reconnu en 1848 connaîtra des difficultés encore plus grandes sous le Second Empire. La légitimité du droit public était alors loin d'être acquise.

Le XIX^e siècle permet néanmoins de mesurer l'apport qualitatif du contrôle de légalité pour contester des mesures administratives, là où le contexte politique est souvent défavorable (régime autoritaire). Au début du XIX^e siècle, ce champ du droit a émergé en l'absence de conditions dites « démocratiques » (absence de suffrage universel en vue de désigner des représentants élus pour une assemblée parlementaire ou, dans un sens plus contemporain, absence de consultation des populations), ce qui correspond à la situation actuelle du droit administratif global. En revanche, dans la seconde partie du XIX^e siècle, le parlementarisme et le constitutionnalisme ont offert des conditions propices à la légitimité des divers champs du droit public. En remontant davantage dans le temps, avant la période révolutionnaire⁴³, nous pouvons observer que le droit public a été construit progressivement en fonction de notions de type « bien commun », « utilité publique », « nécessité », « commodité publique »⁴⁴, dont les avatars contemporains se déclinent dans les droits nationaux sous la forme de l'« intérêt général » ou de l'« intérêt public » (*public interest*). Dans la perspective de la globalisation, la littérature francophone se démarque par une plus grande attention accordée au « bien commun »⁴⁵. Il existe à tout le moins des organismes internationaux liés de près à la protection et à la gestion des ressources communes de la planète (Autorité internationale des fonds marins, UNESCO), ou encore orientés vers la protection des populations (OMS, HCR). Il est également possible d'évoquer l'interdépendance dans la gestion de biens communs devenus rares. Le concept de bien public (*public good*)⁴⁶ a davantage retenu l'attention en science

43. Jean-Louis MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, p. 13.

44. K. WEIDENFELD, préc., note 42, p. 30.

45. Jacques-Yvan MORIN, « La mondialisation, l'éthique et le droit », dans Daniel MOCKLE (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 81, à la page 100 (bien commun mondial); Olivier DELAS et Christian DEBLOCK (dir.), *Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

46. Inge KAUL, Isabelle GRUNBERG et Marc A. STERN (dir.), *Les biens publics mondiaux: la coopération internationale au XXI^e siècle*, Paris, Economica, 2002; François CONSTANTIN (dir.), *Les biens publics mondiaux. Un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris, L'Harmattan, 2002; Inge KAUL et autres, *Providing Global Public Goods. Managing Globalization*, New York, Oxford University Press, 2003; Éric ANDERSEN et Birgit LINDSNAES (dir.), *Towards New Global Strategies: Public Goods and Human Rights*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007. Dans le monde romaniste, la distinction entre biens publics et privés est incontournable: Caroline CHAMARD, *La distinction*

économique⁴⁷, mais, comme le montre Jean-Bernard Auby, sa transposition dans le contexte du droit révèle une relative convergence avec des notions plus familières aux juristes⁴⁸. Dans le même esprit, John Morison et Gordon Anthony fondent leur analyse sur la notion classique de l'intérêt public afin de souligner l'importance de dégager les fondements de l'intérêt public global (*global public interest*)⁴⁹ malgré l'imbrication étroite de l'intérêt public et de l'État. Un intérêt public collectif (*collective public interest*) semble requis pour répondre aux limites inhérentes à l'intervention des États nationaux dans un contexte de globalisation⁵⁰.

Ces difficultés liées aux origines et à l'élaboration des concepts peuvent à tout le moins montrer que le droit administratif est en mesure de progresser en dépit de conditions hostiles, ce que remarque, avec une fine ironie, Alexander Somek⁵¹. Il est toutefois utile de distinguer la légitimité du droit administratif de la légitimité plus globale du contexte institutionnel et politique ambiant, ainsi que le montrent les questions récurrentes sur la légitimité du droit administratif global. Comme en témoigne le passé, un champ du droit peut acquérir une relative légitimité fondée sur ses propriétés formelles, ce qui correspond à la démarche de plusieurs auteurs afin de décrire les fondements institutionnels et juridiques du droit administratif global, même si le contexte externe n'est pas « démocratique » au sens commun du terme.

1.2 L'hypothèse de la constitutionnalisation des principes généraux

Du seul fait de la comparaison avec les bases constitutionnelles du droit administratif dans les droits nationaux, ce constat d'absence est posé dès 2006 par Sabino Cassese qui soulève en contrepartie l'hypothèse d'une constitutionnalisation latente du droit international⁵². Cette amorce repose sur les droits reconnus dans les chartes onusiennes, mais elle

des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèse », Paris, Dalloz, 2004, p. 298 et 329 (biens et appropriation publique).

47. Raymond G. BATINA et Toshihiro IHORI, *Public Goods. Theories and Evidence*, New York, Springer, 2005, p. 2 (clarification et classification).
48. Jean-Bernard AUBY, « Public Goods and Global Administrative Law », dans G. ANTHONY et autres (dir.), préc., note 12, p. 239, à la page 240.
49. John MORISON et Gordon ANTHONY, « The Place of Public Interest », dans G. ANTHONY et autres (dir.), préc., note 12, p. 215, à la page 224.
50. *Id.*, à la page 226.
51. A. SOMEK, préc., note 28, à la page 273 : « The rise of administrative law in the context of nineteenth-century European monarchies serves as a reminder that the task is not too arduous to be achieved. »
52. S. CASSESE, préc., note 9, 687.

découle également de l'essor du droit pénal international. Cependant, pour Cassese, l'obstacle dirimant reste l'absence d'un pouvoir exécutif centralisé, responsable et imputable devant un organe représentatif. La Charte de San Francisco à l'origine du système onusien a déjà été proposée⁵³, ce qui constitue un argument somme toute peu convaincant pour rejoindre les exigences du constitutionnalisme contemporain (*power-limiting constitutionalism*). La nécessité de fondements tangibles facilite la prépondérance de la conception classique (*foundational constitutionalism*), ce qui, en contrepartie, rend l'entreprise périlleuse vu la fragmentation de l'espace dit globalisé⁵⁴. Les spéculations contemporaines sur le thème du constitutionnalisme global (*global constitutionalism*) montrent l'ampleur des difficultés à résoudre pour surmonter l'absence de démocratie politique et de structures institutionnelles unifiées⁵⁵. Jürgen Habermas, qui est pourtant l'un des promoteurs de cette idée, ne voit pas de solution dans l'immédiat⁵⁶. Les spéculations sur le constitutionnalisme mondialisé ou globalisé représentent déjà un important corpus⁵⁷.

Faute de cadre général, les auteurs orientent leurs réflexions vers la recherche de principes (*a body of general principles*) qui pourraient servir de substitut, non pas pour spéculer sur l'existence d'un droit constitutionnel global, qui prendrait ainsi le relais des travaux sur le droit constitutionnel

-
53. Bardo FASSBENDER, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», (1998) 36 *Colum. J. Transnat'l L.* 529; Bardo FASSBENDER, «We the Peoples of the United Nations»: Constituent Power and Constitutional Form in International Law», dans Martin LOUGHLIN et Neil WALKER (dir.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 269.
54. N. KRISCH, préc., note 40, à la page 253 (*holistic ambition an its problems*).
55. Petra DOBNER, «More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism», dans P. DOBNER et M. LOUGHLIN (dir.), préc., note 16, p. 141; Ulrich K. PREUSS, «Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?», dans P. DOBNER et M. LOUGHLIN (dir.), préc., note 16, p. 23.
56. Jürgen HABERMAS, «The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society», *Constellations*, vol. 15, n°4, 2008, p. 444.
57. Bruce ACKERMAN, «Essay. The Rise of World Constitutionalism», (1997) 83 *Va. L. Rev.* 771; Christian JOERGES, Inger-Johanne SAND et Gunther TEUBNER (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart Publishing, 2004; Anne PETERS, «Global Constitutionalism Revisited», (2005) 11 *Int'l. L. Theory* 39; Bardo FASSBENDER, «The Meaning of International Constitutional Law», dans Ronald ST. JOHN MACDONALD et Douglas M. JOHNSTON (dir.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 837; Neil WALKER, «Taking Constitutionalism Beyond the State», *Political Studies*, vol. 56, 2008, p. 519; Christine E.J. SCHWÖBEL, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 167 (organic global constitutionalism).

international, mais plutôt dans la perspective des bases constitutionnelles. Sabino Cassese a été le premier à faire cette proposition en fonction de huit principes articulés autour des caractéristiques générales du droit administratif : le principe de légalité, le droit de participation, le devoir de consultation, le droit d'être entendu (*audi alteram partem*), le droit d'accès aux documents administratifs, la motivation des décisions administratives, les décisions fondées sur des éléments de preuve reconnus sur le plan scientifique et le principe de proportionnalité⁵⁸. Il admet l'origine nationale de ces principes (*traditional administrative law rights*) tout en soulignant leur pauvreté en comparaison de la riche panoplie de droits reconnus par les systèmes nationaux. En fait, de nombreux droits nationaux ne sont pas encore parvenus à cette étape si l'approche retenue est orientée vers la constitutionnalisation de principes issus du droit administratif, même au sein des droits occidentaux.

Dans cette perspective, il faut remarquer que le débat ne revêt plus la même signification puisque, faute d'une constitution globale inexistante, la réflexion emprunte le chemin de la constitutionnalisation de quelques principes susceptibles de transcender les droits nationaux. La constitutionnalisation⁵⁹ est un phénomène très contemporain de construction et de développement du droit constitutionnel, non seulement dans les droits nationaux, mais également à l'échelle supranationale⁶⁰. La démarche suivie par les auteurs correspond à celle qu'a empruntée Carol Harlow : *The Quest for Principles and Values*⁶¹. Après avoir fait le rappel de l'importance du principe démocratique et de la primauté du droit (*rule of law*) pour « any Western administrative law system⁶² », elle insiste davantage sur le second élément : « Every Western administrative law system is founded on the rule of law⁶³. » Cette conception universaliste de la *rule of law* trouve dans le champ du droit administratif global un terrain fertile⁶⁴. Cette approche ne

58. S. CASSESE, préc., note 9, 690.

59. Martin LOUGHLIN, « What is Constitutionalisation ? », dans P. DOBNER et M. LOUGHLIN (dir.), préc., note 16, p. 47.

60. Sol PICCIOTTO, « Constitutionalizing Multilevel Governance ? », (2008) 6 *International Journal of Constitutional Law* 457 ; Jan KLABBERS, Anne PETERS et Geir ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009 ; Jeffrey L. DUNOFF et Joel P. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the World ? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009. Ce thème ne constitue pas une nouveauté : Eric STEIN, « Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution », (1981) 75 *Am. J. Int'l. L.* 1.

61. C. HARLOW, préc., note 10.

62. *Id.*, 190.

63. *Id.*

64. S. CASSESE, préc., note 9, 689 (*Towards an Universal Rule of Law ?*).

fait pas toutefois l'unanimité dans la littérature récurrente sur le thème de la *rule of law* puisque des auteurs refusent de dissocier cette notion des conditions d'explicitation et d'élaboration de la common law⁶⁵, par opposition à ceux qui, peu nombreux au départ, affirmaient et affirment explicitement l'universalité de la *rule of law* sans que le droit administratif global soit en cause⁶⁶. Ils sont désormais plus nombreux dans la perspective du *global constitutional law* et du *global administrative law*. Les partisans de la conception universaliste peuvent compter sur l'explicitation constitutionnelle du principe, en constante progression : le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982* au Canada⁶⁷, l'article 1 (c) de la Constitution du 8 mai 1996 de l'Afrique du Sud⁶⁸, l'article 1 (a) de la *Constitutional Reform Act* de 2005 en Grande-Bretagne⁶⁹, la version anglaise du 3^e considérant du *Traité sur l'Union européenne* du 7 février 1992⁷⁰, le préambule de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* du 9 décembre 2000⁷¹ et, enfin, le préambule ainsi que l'article 1 bis du *Traité de Lisbonne* du 13 décembre 2007⁷².

-
65. Norman S. MARSH, «The Rule of Law as a Supra-National Concept», dans Anthony G. GUEST (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence. A Collaborative Work*, Londres, Oxford University Press, 1961, p. 223, à la page 240; Trevor R.S. ALLAN, *Law, Liberty, and Justice. The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 21; Trevor R.S. ALLAN, *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 283; Cass R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 193.
66. Ian HARDEN et Norman LEWIS, *The Noble Lie. The British Constitution and the Rule of Law*, Londres, Hutchinson, 1988, p. 17; Kurt WIMMER, «Toward a World Rule of Law: Freedom of Expression», *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 603, janvier 2006, p. 202; Jeremy WALDRON, «The Rule of International Law», (2006) 30 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 15; Simon CHESTERMAN, «An International Rule of Law?», (2008) 56 *Am. J. Comp. L.* 331; James J. HECKMAN, Robert L. NELSON et Lee CABATINGAN (dir.), *Global Perspectives on the Rule of Law*, Londres, Routledge, 2010, p. 3.
67. *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].
68. *Constitution of the Republic of South Africa, 1996*, Act No. 108 of 1996, Government Gazette No. 17678, vol. 378, 18-12-1996. En version papier: *The Constitution of the Republic of South Africa*, 9^e éd., Le Cap, Juta Law, 2010.
69. *Constitutional Reform Act 2005* (R.-U.), c. 4.
70. *Traité sur l'Union européenne*, 7 février 1992, [1992] J.O. C 191/01 (entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1993).
71. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 7 décembre 2000, [2000] J.O. C 364/1.
72. *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, 13 décembre 2007, [2007] J.O. C 306/1 (entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009).

Ces spéculations sont davantage orientées vers une version allégée (*thin*) de la *rule of law*, car, comme l'indique la version française du principe dans la *Loi constitutionnelle de 1982* au Canada⁷³, il s'agit de la « primauté du droit ». Dans cette perspective, la *rule of law* ne serait que l'expression du système juridique ou d'un système juridique particulier, ce que laisse d'ailleurs entendre Carol Harlow : « At global level, the key requirement of the rule of law is a legal order with fixed and stable general principles, together with formal rights of access to courts for the resolution of disputes⁷⁴. » Cette notion serait plus appropriée que son équivalent fonctionnel, l'État de droit, qui est le produit du constitutionnalisme classique fondé sur l'État constitutionnel⁷⁵ ou la démocratie constitutionnelle⁷⁶. Moins apte à décrire un dispositif institutionnel du type supranational, dépassant la réalité institutionnelle et politique des États, l'État de droit présuppose, en contrepartie, un vaste programme de perfectionnement du droit public⁷⁷, qui semble bien éloigné du laborieux travail de construction du droit administratif global. Certes, l'absence de l'État de droit des travaux publiés jusqu'ici sur le droit administratif global peut être expliquée par des raisons linguistiques et culturelles, car le débat reste confiné en grande partie dans le monde anglo-américain. Malgré ces contingences, la nette prépondérance de la *rule of law* peut être expliquée par son caractère plus fluide et moins ambitieux, car cette notion est distincte du constitutionnalisme. Elle favorise la théorisation du droit administratif global par l'énoncé de principes plus généraux qui auraient valeur universelle, comme le laisse entrevoir l'analyse de Carol Harlow : « set of due process principles », « access to a court », « control of public power », « judicial review action », « key set of procedures ». Plusieurs principes ne sont en définitive que l'expression du principe de légalité⁷⁸. Il s'agit souvent d'une quête de principes attendus ou souhaitables fondée sur le recensement de principes généraux du droit public. La démarche holistique de Benedict Kingsbury est exemplaire à cet égard puisqu'il énumère cinq principes suivant une conception universaliste du droit public (*principles potentially applicable within any system of public law*) : *principle of legality*, *principle*

73. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 67.

74. C. HARLOW, préc., note 10, 195.

75. Pour une perspective britannique sur l'État constitutionnel sans référence à l'État de droit : Nicholas William BARBER, *The Constitutional State*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

76. Carl J. FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, Presses universitaires de France, 1958, p. 144 (séparation des pouvoirs).

77. Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 68.

78. C. HARLOW, préc., note 10, 192 : « Administrative law requires government and administration to stay within the boundaries of legality. »

*of rationality, principle of proportionality, rule of law, human rights*⁷⁹. Si ces caractéristiques sont généralement celles qui sont associées au droit public de plusieurs États occidentaux, elles ne décrivent en réalité que des propriétés formelles du système juridique, et rien de plus. Pour décrire ce que pourrait être le droit administratif à un niveau global, il faut des éléments plus précis.

Le «détour» que revêt la constitutionnalisation bute sur des limites structurelles en vue de décrire ce que peut ou pourrait être un système de droit administratif. Les principes reconnus dans la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (Charte de Nice du 7 décembre 2000)⁸⁰, laquelle a été intégrée dans le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 à l'article 6⁸¹, montrent les limites et les avantages de cette formule. S'il faut se réjouir de la constitutionnalisation de principes associés au droit administratif à l'article 41 (droit à une bonne administration), en revanche, ce gain n'a été obtenu, en partie, que pour des droits procéduraux : droit au traitement impartial, équitable et dans un délai raisonnable ; droit d'être entendu (*audi alteram partem*) ; droit d'accès au dossier ; obligation de motivation des décisions ; droit d'utiliser une langue reconnue par les traités. Le droit à la réparation (art. 41(3)), le droit d'accès aux documents administratifs (art. 42) et le recours au médiateur (art. 43) montrent l'élargissement à d'autres types de droit. En dépit des progrès considérables que représente l'énoncé de ces droits, ils ne peuvent pas décrire de manière appropriée un système de droit administratif, à moins d'adhérer à une vision minimaliste du droit administratif global. La méthode suivie consiste à régler cette question «par le haut», soit en énonçant l'universalité de quelques principes, notamment pour le *due process of law*⁸². Très connue en raison de sa constitutionnalisation précoce dans le XIV^e amendement de la Constitution américaine, cette notion est un bon exemple de ce qui peut facilement être perçu comme intrinsèque, immanent, voire universel à titre de substitut d'un corpus plus exhaustif de droits et libertés⁸³.

79. Benedict KINGSBURY, «The Concept of "Law" in Global Administrative Law», (2009) 20 *E.J.I.L.* 23, 32 et 33.

80. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, préc., note 71.

81. *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, préc., note 72.

82. Giacinto della CANANEA, «Procedural Due Process of Law Beyond the State», dans A. von BOGDANDY et autres (dir.), préc., note 17, p. 965, à la page 970 ; Sabino CASSESE, «A Global Due Process of Law ?», dans G. ANTHONY et autres (dir.), préc., note 12, p. 17, à la page 59.

83. Pour une critique de ce type : C. HARLOW, préc., note 10, 195.

1.3 Les ambiguïtés relatives à la nature de l'imputabilité

De façon récurrente, les organisations internationales sont l'objet de critiques pour leur manque d'imputabilité (*accountability*), l'une des critiques les plus remarquées ayant été celle de Ruth Grant et Robert Keohane⁸⁴. Dans leur texte de 2005, Benedict Kingsbury, Nico Krisch et Richard B. Stewart ne font pas mystère non plus de difficultés croissantes sur ce plan («*accountability deficit in the growing exercise of transnational regulatory power*»), mais c'est en réalité dans le but de promouvoir et de montrer la nécessité de ce droit administratif global⁸⁵. L'imputabilité ne revêt pas le même sens au fil des publications, car elle peut être présentée selon la dimension proprement administrative qui est bien connue, mais aussi suivant des considérations politiques ou démocratiques, sans omettre également la dimension juridique. Une progression, voire une mutation du principe, est incontestable, ce qui peut paraître paradoxal vu son étroite imbrication dans les sciences de la gestion.

Véritable « icône » du management public ou de l'administration publique⁸⁶, le terme *accountability* tire ses origines premières de l'essor de la comptabilité au XIX^e siècle (tenue de livres à des fins budgétaires). Il présuppose un dispositif institutionnel que Paul Thomas résume ainsi : « *Accountability is a formal relationship governed by a process*⁸⁷. » L'évolution a été considérable puisque Mark Bovens refuse de le cantonner dans sa dimension de contrôle de la gouvernance démocratique pour le présenter davantage comme une condition essentielle de celle-ci. Dans ce contexte élargi, il lui assigne cinq fonctions : contrôle démocratique, renforcement de l'intégrité de la gouvernance publique, amélioration de la performance, augmentation de la légitimité de la gouvernance publique et, enfin, solution cathartique dans la perspective de l'évaluation rétrospective de scandales financiers, administratifs et politiques⁸⁸. Dans la perspective de la vérification des comptes publics, la notion aurait pu conserver un sens plus technique et restreint, mais l'association fréquente à la démocratie et

84. Ruth W. GRANT et Robert O. KEOHANE, « *Accountability and Abuses of Power in World Politics* », *American Political Science Review*, vol. 99, n° 1, février 2005, p. 29.

85. B. KINGSBURY, N. KRISCH et R.B. STEWART, préc., note 5, 16.

86. Mark BOVENS, « *Public Accountability* », dans Ewan FERLIE, LAURENCE E. LYNN JR. et Christopher POLLITT (dir.), *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 182, à la page 183 (*accountability as an icon*).

87. Paul G. THOMAS, « *Introduction* », dans B. Guy PETERS et Jon PIERRE (dir.), *Handbook of Public Administration*, Londres, SAGE Publications, 2003, p. 549, à la page 549.

88. M. BOVENS, préc., note 86, aux pages 192 et 193.

à la légitimité montre son importance accrue⁸⁹. La dimension proprement technique et juridique du terme a été progressivement intégrée dans une conception généraliste susceptible de rejoindre des attentes nouvelles de nature professionnelle, éthique, morale, politique et démocratique⁹⁰. Ce sens plus politique a été retenu par Carol Harlow qui insiste sur l'ascension rapide du principe à titre de principe constitutionnel avec un fondement libéral qui pourrait être comparable à celui de la *rule of law*⁹¹. L'insistance de plusieurs organisations internationales (OCDE et Banque mondiale) afin d'en faire un critère de bonne gouvernance montre à tout le moins l'internationalisation progressive du principe.

Dans la mesure où son effectivité dépend largement de la réalité de l'État démocratique et libéral, Carol Harlow cherche à déterminer si l'*accountability* peut devenir une réalité dans le champ de la gouvernance globale. Sa démarche emprunte à bien des égards la démarche holistique commune aux auteurs qui cherchent à trouver des fondements tangibles au droit administratif global. Tout en signalant son appartenance à la tradition constitutionnelle britannique non écrite au même titre que la démocratie, la souveraineté parlementaire, la séparation des pouvoirs et la *rule of law*⁹², Carol Harlow met en relief l'expansion du principe afin de montrer sa valeur normative⁹³. Non seulement le principe aurait valeur constitutionnelle, mais il ne pourrait être dissocié des principes de bonne gouvernance. La promotion (*upgrade*) du principe à l'échelle internationale serait la preuve tangible du changement de statut, tant pour des raisons scientifiques et organisationnelles que pour des motifs liés à sa valeur intrinsèque. C'est en réalité son association à la gouvernance globale qui sert de moteur pour son ascension politique et scientifique⁹⁴. Tout en montrant son ancrage dans la tradition constitutionnelle des systèmes anglo-américains, Carol Harlow reste nuancée dans la perspective de reconnaître à ce principe une portée

89. Richard MULGAN, *Holding Power to Account. Accountability in Modern Democracies*, New York, Palgrave Macmillan, 2003, p. 4.

90. P.G. THOMAS, préc., note 87, à la page 550.

91. Carol HARLOW, « Accountability as a Value in Global Governance and for Global Administrative Law », dans G. ANTHONY et autres (dir.), préc., note 12, p. 173.

92. Colin TURPIN et Adam TOMKINS, *British Government and the Constitution. Text and Materials*, 7^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 132; Dawn OLIVER, *Government in the United Kingdom. The Search for Accountability, Effectiveness and Citizenship*, Milton Keynes, Open University Press, 1991, p. 22 (*accountability*).

93. C. HARLOW, préc., note 91, à la page 178.

94. David HELD et Mathais KOENIG-ARCHIBUGI (dir.), *Global Governance and Public Accountability*, Oxford, Blackwell Publishing, 2005; Robert LLOYD, « Promoting Global Accountability: The Experiences of the Global Accountability Project », *Global Governance. A Review of Multilateralism and International Organizations*, vol. 14, n° 3, juillet-septembre 2008, p. 273; Simon CHESTERMAN, « Globalization Rules: Accountabi-

universelle, car son expansion serait plus le reflet de l'influence américaine dans la conduite des affaires internationales que d'un principe acquis de bonne gouvernance⁹⁵.

Si son analyse montre l'ascension incontestable de l'*accountability* dans le champ du politique, la notion n'acquiert pas pour autant une dimension juridique. En invoquant une distinction qui aurait été faite par Lon Fuller entre l'ordre juridique et l'ordre induit par les préceptes des sciences de la gestion (*legal order and managerial order*)⁹⁶, David Dyzenhaus cherche à mettre en évidence la confusion maintes fois reproduite par les auteurs engagés dans la construction théorique du droit administratif global, entre l'imputabilité juridique et l'imputabilité démocratique⁹⁷. Dans ce questionnement, les mécanismes, le principe et les pratiques auxquels font allusion le trio Benedict Kingsbury, Nico Krisch et Richard B. Stewart afin de développer l'imputabilité des organismes internationaux (*global administrative bodies*) peuvent-ils être considérés comme relevant du droit⁹⁸ ? Dans ce contexte, David Dyzenhaus insiste sur la centralité du droit dans la question de l'imputabilité, car cette dernière ne pourrait être dissociée de mécanismes qui incluent le droit. L'*accountability* ne pourrait être, au sens premier, que du droit, car toute décision administrative doit être pleinement juridique (*authentically legal*)⁹⁹. En ce sens, les organismes internationaux (*global administrative agencies*) doivent être compris comme un phénomène juridique et non comme un simple phénomène de pouvoir, ce qui suppose de réintroduire la légitimité propre à la légalité (*special legitimacy of legality*)¹⁰⁰. David Dyzenhaus reste en définitive très réservé sur l'hypothèse du droit administratif global en l'absence d'un ordre juridique global.

Plusieurs auteurs ne cherchent pas à établir une distinction ferme entre la dimension politique, administrative ou juridique de l'imputabilité des autorités publiques, même dans une perspective plus classique sans

lity, Power, and the Prospects for Global Administrative Law», *Global Governance. A Review of Multilateralism and International Organizations*, vol. 14, n° 1, janvier-mars 2008, p. 39.

95. C. HARLOW, préc., note 91, à la page 192.

96. Lon L. Fuller n'a fait aucune distinction de ce type, notamment par rapport à la dimension managériale : Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Londres, Yale University Press, 1964, p. 46.

97. David Dyzenhaus, « Accountability and the Concept of (Global) Administrative Law », dans H. CORDER et autres (dir.), préc., note 11, p. 3, à la page 14.

98. B. KINGSBURY, N. KRISCH et R.B. STEWART, préc., note 5, 18.

99. D. DYZENHAUS, préc., note 97, à la page 7.

100. *Id.*, à la page 12.

dimension internationale¹⁰¹. Parfois, seule la dimension politique est en cause dans la perspective de la science politique¹⁰². L'imputabilité reste ainsi une notion fluide qui peut favoriser plusieurs hypothèses. Pour le droit administratif global, Nico Krisch propose à cet égard trois « électorats » (*constituencies*) qui pourraient servir de répondants dans la perspective d'une structure pluraliste : la communauté nationale, la communauté internationale et la communauté globale des individus (*cosmopolitan or global community of individuals*)¹⁰³. En l'absence de la communauté des États qui demeurent les principaux acteurs du droit international, cette vision reste trop diffuse et manque de certitude pour répondre à des exigences politiques et juridiques. Si la seule dimension administrative est retenue, la question de l'imputabilité des organisations internationales reste problématique. Tout comme les organismes publics issus des droits nationaux, les organismes internationaux ont intégré les préceptes et les pratiques du nouveau management public, ainsi que l'horizontalité de la gouvernance dite « associative » (*collaborative governance*)¹⁰⁴. Sans prétendre ici à l'abandon des filières plus classiques de l'imputabilité, nous devons admettre leurs limites et la difficulté croissante que pose l'apparition d'acteurs privés ou non étatiques dans l'élargissement de l'action publique. Pour reprendre les termes de Paul Thomas, l'évolution montre un continuellement relatif de la reddition classique (*compliance accountability*) au profit de l'évaluation de la performance (*performance accountability*)¹⁰⁵. Dans la mesure où la seconde se superpose à la première, elle montre la fluidité du concept de l'imputabilité entre droit, science politique et gestion. Cette dimension proprement organisationnelle permet de mesurer l'ampleur des difficultés conceptuelles liées à l'imputabilité globale des organisations

101. Andreas SCHEDLER, Larry DIAMOND et Marc F. PLATTNER (dir.), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Londres, Lynne Rienner Publishers, 1999; Robert D. BEHN, *Rethinking Democratic Accountability*, Washington, Brookings Institution Press, 2001, p. 3 (*ambiguous abstraction of accountability*).

102. Andreas SCHEDLER, « Conceptualizing Accountability », dans A. SCHEDLER, L. DIAMOND et M.F. PLATTNER (dir.), préc., note 101, p. 13.

103. Nico KRISCH, « The Pluralism of Global Administrative Law », (2006) 17 *E.J.I.L.* 247, 251.

104. P.G. THOMAS, préc., note 87, à la page 550 : « In summary, the traditional, vertical, straight line and individualistic interpretation of accountability does not fit with the emerging reality of a horizontal, interconnected and collective approach to problem solving »; Robert GREGORY, « Accountability in Modern Government », dans B.G. PETERS et J. PIERRE (dir.), préc., note 87, p. 557, à la page 564; Mark CONSIDINE, « The End of the Line? Accountable Governance in the Age of Networks, Partnerships, and Joined-Up Services », *Governance. An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, vol. 15, n° 1, janvier 2002, p. 21.

105. P.G. THOMAS, préc., note 87, à la page 551.

internationales, à plus forte raison dans la perspective de l'élargissement qui est proposé dans le contexte d'un droit administratif globalisé. L'imputabilité est de plus en plus sujette à caution dans le contexte de la globalisation¹⁰⁶. Sa dimension proprement politique et administrative ne permet pas d'en faire un critère distinctif pour affirmer l'existence du droit, à l'échelle nationale ou internationale. C'est un élément composite qui peut représenter un indice de l'existence de dimensions juridiques, mais il ne constitue pas pour autant un critère déterminant.

2 Les controverses sur la juridicité du droit administratif global

Les organisations internationales offrent une configuration institutionnelle proche de celle qui caractérise les agences indépendantes des droits nationaux. La recherche de l'expertise et d'une relative distanciation par rapport aux autres organes de l'État, soit le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, permet un premier rapprochement. L'analogie devient plus manifeste par l'énumération de fonctions qui ne répondent pas forcément de catégories reconnues par le droit à titre de fonctions proprement juridiques : recherche, évaluation, consultation, persuasion, incitation, consensus, recommandation, avis, rapports, formulation de règles ou de standards et, parfois, la possibilité de trancher des litiges ou des différends. Le schéma qui en résulte est sensiblement le même que celui des droits administratifs nationaux, car le pragmatisme et la nécessité de remédier à des problèmes transnationaux (*transnational administrative rule-making*) ont favorisé des créations à la pièce au détriment de toute forme de classicisme institutionnel. En droit administratif interne, les constats sont largement orientés vers l'impossibilité d'une rationalisation, l'éclatement du type polycentrique, le statut contrasté de ces institutions, ainsi que la grande diversification des pouvoirs et des responsabilités. La comparaison France-Canada est intéressante à cet égard, car elle montre une convergence fonctionnelle en dépit de différences de principes pour le droit administratif¹⁰⁷. Les moyens d'action de ces organisations peuvent

106. David HELD et Mathais KOENIG-ARCHIBUGI, « Introduction », dans D. HELD et M. KOENIG-ARCHIBUGI (dir.), préc., note 94, p. 1 ; Jochen ZIMMERMANN, Jörg R. WERNER et Philipp B. VOLMER, *Global Governance in Accounting. Rebalancing Public Power and Private Commitment*, New York, Palgrave Macmillan, 2008.

107. Pour la France, voir le numéro thématique de la *Revue française de droit administratif* paru en 2010 : *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ?*, notamment les textes de Jean-Louis AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », R.F.D.A. 2010.5.875 et de Jacques CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », R.F.D.A. 2010.5.896. Pour le Canada, voir : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Rapport sur les organismes administratifs autonomes. Un cadre pour la prise de décisions*,

varier considérablement, en associant des techniques connues du droit avec d'autres moyens qui restent à la périphérie du droit, le tout sur un continuum où les frontières du droit et de la science politique ne sont pas étanches¹⁰⁸. Ce phénomène est bien connu en droit administratif. Le fait qu'il peut être dédoublé en droit international ne peut pas étonner outre mesure les juristes qui sont informés de ces questions et qui pourraient même trouver inévitable sa transposition à l'échelle internationale¹⁰⁹. Les enjeux sont du même type quant aux droits procéduraux (publicité et avis, audition des groupes intéressés, principe du contradictoire, motivation). L'analogie est le moteur de ce rapprochement et facilite l'idée que le droit administratif puisse avoir des dimensions supranationales. L'extension de cette analogie à des entités administratives globales intègre toutefois d'autres dimensions où la question de la juridicité devient plus délicate. À titre d'exemple, la normalisation par l'énoncé de standards ou de règles ouvre d'autres perspectives, tant pour le statut de ces règles souvent non contraignantes que par rapport à leur mode d'élaboration.

Le pragmatisme a néanmoins été déterminant dans le questionnement de 2005 par l'ajout de nouvelles dimensions. L'existence du droit administratif global a été postulée sans trop de précautions sur ce qu'il faut comprendre, à un niveau plus général, par « droit administratif ». La question est d'autant plus délicate qu'il n'y a pas de réponse évidente dans les droits nationaux. La diversité des traditions nationales n'est pas forcément le principal obstacle à l'élaboration de caractéristiques communes. Cette définition est d'autant plus importante qu'elle est en grande partie éludée dans plusieurs publications ayant pour objet d'établir l'existence du droit administratif global. Avec la thématique du « droit des organisations internationales » ou encore d'un « droit institutionnel international », personne ne doutait jusqu'ici de la dimension proprement juridique des organisations internationales et la prudence commandait de ne pas aller plus loin, de ne pas franchir une frontière qui renvoie immédiatement à l'élaboration historique du droit administratif en droit public et en droit international.

document de travail 26, Ottawa, ministère de la Justice, 1985, p. 5 (absence de processus rationnel pour la création *ad hoc* de ces organismes); Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 393.

108. Pour une publication de science politique: Jacint JORDANA, David LEVI-FAUR et Xavier FERNANDEZ MARIN, « The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion », *Comparative Political Studies*, vol. 44, n^o 10, octobre 2011, p. 1343.

109. Richard COLLINS et Nigel D. WHITE (dir.), *International Organizations and the Idea of Autonomy. Institutional Independence in the International Legal Order*, New York, Routledge, 2011.

Le pas a néanmoins été franchi sans mesurer l'impact du phénomène de transposition que suppose l'emploi de l'expression « droit administratif » dans un droit qui serait globalisé.

En dépit de ces difficultés qui ne semblent toucher que le seul droit administratif, le droit international public est directement en cause, car le cadre de référence (*global law*) n'est plus le même. Si les dimensions plus classiques sur les modes de formation et les moyens de détermination des règles de droit en droit international public constituent un cadre de référence, la spécificité des actes des organisations internationales n'est pas éludée¹¹⁰. Malgré cette ouverture des ouvrages généraux en droit international public, le nombre d'acteurs visés et les moyens d'action à la disposition des entités administratives globalisées, ainsi que les nombreuses questions liées à l'effectivité et à la juridicité des règles élaborées, constituent autant d'éléments qui montrent un décentrement de l'analyse, un peu comme si le droit globalisé devait prendre le relais du droit international public pour décrire, non pas le cadre juridique des rapports internationaux, mais les effets induits par la globalisation. Ces différences de logique, de fondement et de rationalité expliquent cet intérêt pour le champ du droit de la globalisation au détriment d'un cadre plus strict de droit international public. Dans cette perspective, le droit administratif global ne correspondrait pas à la version antérieure du droit international administratif, car l'espace juridique global, de même que les mécanismes de régulation de la globalisation juridique, suscite un besoin de renouveau théorique¹¹¹. Cette dimension est essentielle en vue de comprendre que le débat relatif au droit administratif global n'est pas, pour l'essentiel, une controverse sur le droit international public, mais qu'il concerne davantage la dimension administrative de ce champ du droit. Il est certes possible d'en tirer plusieurs conséquences pour l'évolution du droit international public (la perspective d'un virage administratif pour le droit international public), mais cette dimension est restée en arrière-plan compte tenu de la nécessité de donner un contenu au droit administratif global.

2.1 Le droit et la bonne gouvernance : la fluidité croissante des principes

Une approche minimaliste de l'objet « droit administratif » peut constituer un exutoire pour surmonter les divergences des droits nationaux.

110. Nguyen QUOC DIN et autres, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2009, p. 403 (actes unilatéraux des organisations internationales); Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 98 (actes des organisations internationales); Jean-Maurice ARBOUR et Geneviève PARENT, *Droit international public*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 42 (*soft law*).

111. Sur la régulation de la globalisation juridique, voir J.-B. AUBY, préc., note 21.

À l'instar de l'État de droit, l'idée-force reste celle du gouvernement limité par le droit comme le suggère Carol Harlow : « Administrative law requires government and administration to stay within the boundaries of legality¹¹² », avec pour conséquence cette idée récurrente très répandue dans le monde anglo-américain : « the idea of bounded government, restrained by law¹¹³ ». Si les matières ou les champs qui relèvent des droits nationaux (*domestic law*) ne posent généralement pas de problèmes particuliers pour être considérés comme du droit, David Dyzenhaus n'en souligne pas moins que le plus problématique reste le droit administratif¹¹⁴. Si l'élaboration d'une définition satisfaisante reste difficile, il signale que certains ouvrages éludent en fait cette question en limitant leur propos à des constats du type « the ideals of good government according to law¹¹⁵ ». Cette perception correspond ni plus ni moins au principe de légalité et peut paraître trop succincte en vue de décrire correctement ce qui fait l'objet propre du droit administratif. Tous les droits continentaux, notamment celui de la France, en font sans état d'âme « un droit de l'administration » (même si cette expression n'est pas très répandue), qui est en fait un droit mixte composé de règles de droit public et de droit privé. En France, le fait que la gestion publique relève principalement mais non exclusivement du contrôle d'autorités spécifiques, les juridictions administratives, avec un corpus spécifique de règles de droit public formant dans un sens plus synthétique, le droit administratif, a orienté la formation de nombreux courants de pensée sur les critères constitutifs de ce champ. Dans ce contexte, René Chapus constate que « [l]e droit administratif a la particularité d'être à la recherche d'une définition¹¹⁶ » avec des écoles classiques (service public, puissance publique), des courants, des approches et des doctrines.

Le monde anglo-américain offre un autre portrait puisque les litiges ne sont pas portés à la connaissance d'un juge spécifique, avec néanmoins les nuances requises puisqu'il existe en droit américain et canadien des cours fédérales qui ont compétence générale pour le contentieux de la légalité des actes et des décisions émanant des autorités fédérales. Hormis ce cas de figure un peu particulier lié à l'existence d'un système fédéral, le juge judiciaire reste un juge généraliste pour le contentieux administratif. Dans ce contexte fondé sur l'unité de juridiction, la définition de ce que peut être le droit administratif ne constitue pas un enjeu névralgique, ce qui

112. C. HARLOW, préc., note 10, 192.

113. *Id.*, 207.

114. D. DYZENHAUS, préc., note 97, à la page 8.

115. *Id.*, aux pages 9 et 10 ; l'ouvrage visé est celui de Marc ARONSON, Bruce DYER et Matthew GROVES, *Judicial Review of Administrative Action*, 3^e éd., Pyrmont, Lawbook, 2004, p. 1.

116. René CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., t. 1, Paris, Montchrestien, 2001, p. 3.

laisse plus de latitude aux auteurs avec le pragmatisme qu'il est possible d'imaginer. À la question « *What is Administrative Law ?* », les réponses sont principalement orientées vers l'idée de balises pour l'action administrative (*legal limitations*) et vers les recours (*remedies*) disponibles¹¹⁷. Il s'agit d'une tendance lourde¹¹⁸ qui est perçue par Carol Harlow et Richard Rawlings comme relevant du courant *red light* (insistance sur le contrôle juridictionnel), par opposition à l'approche *green light*, plus favorable à la légitimité de l'action administrative et à des contrôles non juridictionnels¹¹⁹. Les définitions du courant (*red light*) réduisent en grande partie le droit administratif à du contentieux administratif (*judicial control of administrative action*). Dans les ouvrages francophones au Canada, la distinction est par contre plus nette entre l'ensemble des règles de droit applicables à l'action du pouvoir exécutif de l'État et le contrôle de cette action¹²⁰.

Dans cet espace culturel, propre au monde de la common law (à l'exception notable du Québec), les ouvrages ne sont pas orientés vers la recherche de principes spécifiques, ce qui peut susciter quelques interrogations. Dans le but de remédier à ce problème, Michael Taggart avait dressé une liste qui incluait *openness, fairness, participation, impartiality, accountability, honesty* et *rationality*, tous présentés à titre de principes de droit public (*public law value*), étroitement associées au droit administratif¹²¹. Cette énumération a suscité un net désaccord chez Carol Harlow qui, tout en reconnaissant l'appartenance incontestable de certains d'entre eux au droit administratif (*classical administrative law principles*), montre en réalité que deux principes, soit l'imputabilité (*accountability*) et la transparence (*transparency*), relève en réalité du programme politique de la bonne gouvernance¹²². Ce débat est très significatif puisqu'il met en lumière la fluidité des principes entre divers champs dans l'évolution du droit contemporain. C'est précisément cette fluidité qui constitue un terreau

117. David Phillip JONES et Anne S. de VILLARS, *Principles of Administrative Law*, 5^e éd., Toronto, Carswell, 2009, p. 3 : « Administrative law deals with the legal limitations on the actions of governmental officials, and on the remedies which are available to anyone affected by a transgression of these limitations. »

118. William WADE et Christopher F. FORSYTH, *Administrative Law*, 10^e éd., New York, Oxford University Press, 2009, p. 4.

119. Carol HARLOW et Richard RAWLINGS, *Law and Administration*, 3^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 1.

120. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 107, p. 13 ; Patrice GARANT avec la collaboration de Philippe GARANT et Jérôme GARANT, *Droit administratif*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 7 (organisation, activité, contrôle).

121. Michael TAGGART, « The Province of Administrative Law Determined ? », dans M. TAGGART (dir.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 1, à la page 3.

122. C. HARLOW, préc., note 10, 194.

fertile pour les spéculations relatives au droit administratif global. Dans nos travaux antérieurs, nous avons tenté de mettre en évidence ce mouvement de circulation des principes entre des disciplines qui entretiennent des liens étroits avec la gestion publique : le droit, les sciences de la gestion et la science politique¹²³. Si quelques principes (légalité, conformité, régularité, impartialité, égalité, équité procédurale) ne peuvent être dissociés du droit, d'autres relèvent de la gestion (célérité, qualité, accessibilité, imputabilité) ou de la science politique (transparence, participation, responsabilité). Ce dernier terme, « responsabilité », montre toutefois que ces champs sont loin d'être étanches. Si la responsabilité constitue un élément majeur du droit (responsabilité civile et pénale), elle renvoie également aux mécanismes de responsabilité politique, ainsi qu'à la responsabilité des administrateurs, plus proche de l'imputabilité et de la reddition de comptes, qui existe en gestion. La publicité relève autant du droit (publicité pour les actes officiels) que de la science politique (publicité des débats). L'intégrité, très importante en gestion publique, peut relever également de plusieurs disciplines. Si la transparence est souvent associée au droit, il faut en déduire que c'est un résultat de l'intégration progressive de ce concept dans des lois dites de « transparence administrative et d'accès aux documents administratifs ». Carol Harlow voit juste en affirmant que la transparence a d'autres origines¹²⁴.

Cette fluidité montre l'ouverture progressive du droit à des principes issus d'autres disciplines. Les réflexions contemporaines sur la gouvernance publique en sont un bon exemple puisqu'elles reflètent l'horizontalité progressive des disciplines qui ont pour objet l'action publique, devenues en pratique des sciences du bon gouvernement¹²⁵. Dans la perspective de la gouvernance globale, et plus précisément pour le droit administratif global, cette tendance acquiert plus de visibilité puisque les auteurs dissertent sur des principes dont l'appartenance au droit ne constitue pas une condition préalable. Si l'ouvrage *Values in Global Administrative Law*¹²⁶ en est un exemple, dans d'autres publications, la dilution des champs disciplinaires est plus nette afin de montrer l'émergence des principes du droit administratif global : *transparency, information, participation, reason-giving, review* et *accountability*¹²⁷. Si la triple filiation (droit, science politique et

123. Daniel MOCKLE, « La constitutionnalisation des mécanismes et des principes de bon gouvernement en perspective comparée », (2010) 51 C. de D. 245, 330.

124. C. HARLOW, préc., note 10, 190.

125. Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État. La question du droit dans la gouvernance publique*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 254.

126. G. ANTHONY et autres (dir.), préc., note 12.

127. B. KINGSBURY et L. CASINI, préc., note 18, 325.

gestion) de l'imputabilité peut expliquer le succès du principe, le glissement vers des principes de « métamanagement¹²⁸ » est plus visible dans la publication de Daniel C. Esty qui a pour objet de formuler des jalons (*building global administrative law*): contrôle de la corruption et des conflits d'intérêts; inspections et vérification (*audits*); garanties procédurales pour le *rulemaking*; transparence et participation; *power-sharing* (inspiré des théories de James Madison sur la division des pouvoirs)¹²⁹. Outre le fait que certains de ces éléments ne relèvent pas précisément du droit mais davantage d'un environnement favorable au droit, ils tiennent plus en définitive de vœux ou de souhaits que de la réalité objective. Dans sa revue critique de l'évolution du droit administratif global, Alexander Somek estime qu'il s'agit davantage de l'organisation de la bonne gouvernance que de l'affirmation de droits¹³⁰. Carol Harlow dresse également ce type de constat¹³¹ en poussant plus loin l'analyse sur les origines de ces principes de bonne gouvernance. Si la Banque mondiale a joué un rôle déterminant dans l'affirmation de ces principes, Carol Harlow souligne leur origine en gestion publique (*public administration*). Elle résume ainsi les visées de la bonne gouvernance: l'organisation d'une fonction publique efficace, le fonctionnement d'un système judiciaire indépendant, l'imputabilité pour la gestion des fonds publics, l'existence d'un vérificateur général indépendant qui peut faire rapport à une assemblée élue, le respect du droit et des droits de la personne (*human rights*) à tous les niveaux de gouvernement, l'élaboration d'une structure institutionnelle pluraliste (elle renvoie ici implicitement à la conception polycentrique qui règne actuellement dans la plupart des États) et, enfin, la liberté de presse¹³². Des éléments du type participation, transparence et démocratie expliquent en partie la recherche de liens avec le droit aux fins de légitimation, là où précisément les droits administratifs nationaux ne sont pas en mesure d'offrir de solutions, car ce sont des dimensions qui relèvent avant tout du champ du politique. Si nous remontons au texte fondateur du trio Benedict Kingsbury, Nico Krisch et Richard B. Stewart, l'objet du droit administratif global est davantage de structurer le fonctionnement et l'organisation de ce « droit » dans un contexte globalisé, de préférence à l'énonciation de règles spécifiques: « The focus of the field of global administrative law is not, therefore, the

128. Alexander SOMEK, « The Concept of "Law" in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury », (2009) 20 *E.J.I.L.* 985, 986 (*meta-management or law ?*).

129. D.C. ESTY, préc., note 37, 1523.

130. A. SOMEK, préc., note 128, 985, 985: « Rights receive less attention than the organization of good governance. Guarantees of transparency and participation are seen to be *regulatory* modalities of respecting the interests of stakeholders and affected groups. »

131. C. HARLOW, préc., note 10, 192.

132. *Id.*

specific content of substantive rules, but rather the operation of existing or possible principles, procedural rules, review mechanisms, and other mechanisms relating to transparency, participation, reasoned decisionmaking, and assurance of legality in global governance¹³³. »

Le droit administratif global reflète, à bien des égards, les perceptions énoncées sur l'évolution des droits nationaux où la juridicisation des principes managériaux a été évoquée pour le droit administratif, tout comme les influences venues du programme politique de la gouvernance. Dans ce processus de construction d'un droit administratif global, il faut mesurer l'impact grandissant de principes et de mécanismes qui ne sont pas issus du droit, comme c'est le cas dans un processus de refonte, où l'amalgame de principes issus de diverses disciplines sert de toile de fond à la construction d'un objet nouveau, un peu à l'image de la chimie de synthèse.

2.2 La tentation essentialiste

Dans un texte publié en 2009, Benedict Kingsbury a défini ce qu'il entend par « droit » aux fins du mouvement qu'il a lancé en 2005¹³⁴. Il réaffirme que le droit administratif global est le reflet du rôle croissant d'acteurs privés du type transnational (*transnational private regulators*) et d'organismes hybrides. Afin de répondre à la nécessité d'un encadrement juridique par des règles de transparence, de participation, de consultation, de rationalité et de légalité, ainsi que par des mécanismes de contrôle, il propose de regrouper sous l'expression *global administrative law* des mécanismes qui présentent un caractère normatif (*common normative character*) et, plus précisément, « an administrative law character¹³⁵ ». Si le droit administratif est mentionné à des fins d'imputabilité des organismes globalisés (*global administrative bodies*), c'est par analogie avec les droits nationaux, même si l'auteur prend soin de préciser que le phénomène en question diverge profondément des modèles classiques issus des accords bilatéraux du droit international public et de nombreux modèles issus des droits nationaux. La validité n'est pas le seul facteur déterminant. Le poids relatif (*weight*) que les organismes peuvent attribuer à leurs règles réciproques joue également. Afin de mieux justifier la pertinence théorique de son approche centrée directement sur le fonctionnement de ces organisations, Benedict Kingsbury a recours aux travaux de Herbert

133. B. KINGSBURY, N. KRISCH et R.B. STEWART, préc., note 5, 29.

134. B. KINGSBURY, préc., note 79.

135. *Id.*, 25.

L. A. Hart¹³⁶ dans le but de fonder l'existence du droit sur des pratiques sociales (*social fact conception of law*). À cet égard, son approche relève d'un courant favorable (*inclusive legal positivism*) à la reconnaissance de normes non formalisées dans les sources valides du droit, par exemple, celles qui sont issues de faits sociaux¹³⁷. Dans la théorie de Herbert L. A. Hart, des règles de reconnaissance (règles secondaires) sont requises pour déterminer le champ d'application des règles primaires contenues généralement dans les lois et règlements. Désireux de dissiper tout doute à cet égard, Benedict Kingsbury précise que ces sources secondaires sont, aux fins du droit administratif global, les sources classiques du droit international public, soit les traités, les sources coutumières et les principes généraux du droit international public, avec néanmoins cette nuance : « there is no single legal system of GAL or global governance law with a common rule of recognition¹³⁸ ». Dans cette perspective, les règles primaires sont les règles produites par les organismes internationaux, ainsi que les règles associées à des dispositifs institutionnels où plusieurs entités peuvent être en cause (*regulatory regimes*).

Afin de décrire cette origine autoréférentielle et sociale des règles associées au droit administratif global, Benedict Kingsbury a recours à la notion de *publicness* : « By publicness is meant the claim made for law that it has been wrought by the whole society, by the public, and the connected claim that law addresses matters of concern to the society as such¹³⁹. » En vue de mieux définir cette notion, il propose le recours à des principes généraux du droit, notamment des principes potentiellement applicables à tout système de droit : le principe de légalité, le principe de rationalité pour l'encadrement du processus décisionnel, le principe de proportionnalité, la *rule of law*, surtout dans sa dimension procédurale et, enfin, les droits de la personne (*human rights*)¹⁴⁰. Dans une perspective de transformation de l'action publique, il ne faut pas être étonné outre mesure de ce degré de généralité.

136. Herbert L.A. HART, *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 87 (*seriousness of social pressure behind the rules*). Version française : H.L.A. HART, *Le concept de droit*, traduit par Michel van de KERCHOVE avec la collaboration de Joëlle van DROOGHENBROECK et Raphaël CÉLIS, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

137. Kenneth Einar HIMMA, « Inclusive Legal Positivism », dans Jules COLEMAN et Scott SHAPIRO (dir.) avec la collaboration de K.E. HIMMA, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 125, à la page 126.

138. B. KINGSBURY, préc., note 79, 29.

139. *Id.*, 31.

140. *Id.*, 32 et 33.

L'approche « stipulative » de Benedict Kingsbury a été très critiquée. Dans sa réplique, Alexander Somek a mis en relief cette approche intuitive où les caractéristiques du droit administratif global seraient en fait immanentes, avec une forte dimension de droit naturel. Les principes associés au *publicness* sont perçus comme l'un des éléments de cette règle de reconnaissance (*social rule of recognition*) qui présuppose une adhésion globale des acteurs visés. Pour Alexander Somek, le résultat ne peut être que du « natural administrative law¹⁴¹ ». Ming-Sung Kuo, professeur à l'Université de Warwick, dresse sensiblement le même constat à propos du caractère « immanent » de l'approche de Benedict Kingsbury (*social fact conception of law*). Dans ce contexte, la notion de *publicness* est particulièrement critiquée dans la mesure où elle renvoie aux principes et aux valeurs que les parties liées par le fonctionnement d'un régime (*regulatory public*) peuvent avoir en commun : « In other words, publicness is associated with the public to which a particular regulatory regime relates. In the absence of a global public, however, the publics are decentred and indefinite, making global administrative law unintelligible¹⁴². » La fragmentation et la dispersion des différents régimes dans un contexte de décentrement (*decentred global administrative space*) contribuent à ces difficultés de partage et de cohérence, problème auquel tente de remédier Benedict Kingsbury par la dimension de l'« inter-public law¹⁴³ ». La critique la plus sévère de Ming-Sung Kuo concerne le renvoi explicite de Benedict Kingsbury aux pratiques élaborées par les organismes internationaux, ce qui reviendrait à fonder l'architecture du droit administratif global sur les organismes eux-mêmes au détriment de la prétendue participation des acteurs voulus par les défenseurs du droit administratif global. Ce centrage de l'analyse sur les autorités ayant divers statuts (*power-exercising public entities*) soulève de nombreux problèmes : absence de contrôle démocratique, absence de recours et de moyens de contestation, problème majeur de légitimité. En fin d'analyse, Ming-Sung Kuo trace un portrait peu flatteur¹⁴⁴. Il conclut sur

141. A. SOMEK, préc., note 128, 990.

142. MING-SUNG KUO, « The Concept of "Law" in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury », (2009) 20 *E.J.I.L.* 997, 1000; « Publicness is understood as "what is intrinsic to public law as generally understood" » : M.-S. KUO, préc., note 142, 999.

143. B. KINGSBURY, préc., note 79, 56; l'expression est davantage employée par M.-S. KUO, préc., note 142, 1003 : « at the core of global administrative law as an inter-public law is a "weighing" of the norms emerging from the practices of different power-exercising public entities ».

144. M.-S. KUO, préc., note 142, 1003 : « Kingsbury unties his global administrative law as an inter-public law from jurigenerative publics. The notion of publicness is thus not expressive of a public conception of legitimacy, but rather collapses into the codes of conduct observed by privileged interested parties in individual regulatory regimes. »

le fait que cette conception du droit administratif global reflète une vision privatisée et postpublique de la légitimité, ce qui n'enverrait en définitive à une stratégie de privatisation du droit international¹⁴⁵.

Alexander Somek va plus loin en affirmant que le droit administratif global n'est pas du droit, car il serait davantage le reflet d'une vision idéalisée de la réalité dont les prémisses auraient été subverties. Il critique l'emploi d'une terminologie juridique afin de décrire ce qui relève du champ de l'action administrative¹⁴⁶. Dans ce contexte, les règles secondaires de Herbert L. A. Hart ne seraient que des règles administratives secondaires¹⁴⁷. En l'absence d'éléments qui peuvent répondre à la notion de relation juridique (*legal relationship*), Somek perçoit la dimension globalisée de cette notion (*global administrative relationship*) comme relevant davantage du partage de l'information, de la construction progressive de l'adhésion aux normes proposées (*building the capacity to comply*), mais surtout comme le résultat d'un processus de règlement des difficultés (*process of problem solving*) où sont valorisées les bonnes pratiques, l'information, les adaptations réciproques (*regulation by information*)¹⁴⁸. En l'absence d'un principe de souveraineté «a-national»¹⁴⁹, d'un système unifié et cohérent de droit des organisations internationales, ainsi que d'un centre de coordination et d'autorité, lesquels pourraient conditionner le fonctionnement de ces organisations¹⁵⁰, il s'agirait plutôt de processus réflexifs qui restent hors du champ du droit. L'omniprésence de mesures administratives («measures of correction, learning, nurturing, fostering, facilitating, promoting, educating, training, optimisation, and advice») en est la principale caractéristique¹⁵¹. Pour Alexander Somek, c'est une re-description idéalisée de réalités sociales, dont la forme la plus ludique serait la transposition d'une terminologie de droit constitutionnel en droit international. Dans la même veine, le droit administratif global ne servirait qu'à re-décrire, en des termes juridiques, ce qui relève essentiellement de réalités administratives

145. *Id.*, 1004.

146. A. SOMEK, préc., note 28, à la page 272: «the use of *legal* vocabulary involves a mismatch in the relation between counterfactual social facts and the conditions under which operates what is supposed to be law».

147. *Id.*, à la page 284: «the supposed management of “regime collisions” or the jurisdictional open-endedness of global administrative law cannot reflect guidance by secondary rules. They are plainly and simply second-order administrative processes».

148. *Id.*, à la page 279.

149. *Id.*, à la page 280: «The mutual accommodation among cooperating units is concomitant with the lack of sovereignty.»

150. A. SOMEK, préc., note 128, 986: «There is neither system nor centre, but merely a number of family resemblances among different processes.»

151. A. SOMEK, préc., note 28, à la page 274.

(*international administrative processes*). Alexander Somek propose une explication de ce phénomène : « If it is true that domestic political and legal processes are increasingly under the substantive influence of global coordination processes then it seems that ultimately second-order administrative processes are increasingly taking the place of norms¹⁵². » Il reproche au trio Benedict Kingsbury, Nico Krisch et Richard B. Stewart¹⁵³ de transformer cet encadrement administratif en « spontaneous law-making practices¹⁵⁴ », tout en exprimant leur confiance que les normes qui gouvernent les pratiques administratives globalisées puissent émerger d'un *ius gentium*¹⁵⁵. Dans cette perspective, le droit administratif global ne serait que « self-fulfilling prophecy¹⁵⁶ ».

Devant ces objections, Nico Krisch reste prudent compte tenu de ses propres positions sur la constitutionnalisation du droit international. Afin de mieux justifier la légitimité et la pertinence de la démarche entreprise pour le droit administratif global, il critique les faiblesses du « constitutionalisme global » (« the precarious legitimacy of transnational and global governance¹⁵⁷ ») et, de façon plus spécifique, sa démarche holistique qui ne peut résoudre la question démocratique (« the global polity cannot institute any form of thick, democratic procedures of participation to ground its decisions¹⁵⁸ ») et qui se révèle, en définitive, trop irréaliste. À titre comparatif, le droit administratif global serait plus réaliste compte tenu des limites de ses ambitions¹⁵⁹, mais également du fait que la gouvernance globale ne peut être appréhendée que dans un cadre administratif : « [global administrative law] starts from the insight that much of global governance can be understood in administrative terms¹⁶⁰ ». Dans cette perspective, la globalisation administrative ne serait que le résultat d'un espace administratif global. La recension de pratiques réelles ou émergentes sur le plan de l'imputabilité serait une démarche plus réaliste. Cependant, est-ce vraiment du droit comme le laisse entendre, de façon plus dubitative, la fin de sa

152. *Id.*, à la page 286.

153. B. KINGSBURY, N. KRISCH et R.B. STEWART, préc., note 5, 29 : « a revived version of *ius gentium* that could encompass norms emerging among a wide variety of actors ».

154. A. SOMEK, préc., note 28, à la page 285.

155. *Id.*

156. A. SOMEK, préc., note 128, 990.

157. N. KRISCH, préc., note 40, à la page 246.

158. *Id.*, à la page 254.

159. *Id.*, à la page 246 : « global administrative law approaches are more limited in scope, focusing on particular elements of global governance and confining themselves to the analysis and realisation of narrower political ideals, especially accountability ».

160. *Id.*, à la page 255.

réflexion (*legitimising administrative steering*¹⁶¹ ?) ? Tout en admettant que ce qui est décrit et analysé comme du droit administratif global ne serait peut-être au fond que de l'administration globale (*global administration*), Nico Krisch suggère qu'une dichotomie trop stricte entre la rationalité juridique et la rationalité administrative (ou managériale) ne permet pas de montrer l'existence d'un continuum où tout se fait graduellement.

Les réserves de Nico Krisch à l'égard du constitutionnalisme global, ainsi qu'à l'égard de la constitutionnalisation du droit international public, doivent être mises en perspective compte tenu de ses travaux sur la dimension pluraliste du droit postnational¹⁶². À certains égards, la démarche suivie par Ming-Sung Kuo est très éloignée de celle qui est préconisée par Nico Krisch, car le premier recommande de reconnaître explicitement l'étroite parenté historique du droit constitutionnel et du droit administratif afin de résoudre les problèmes de systématisation et de rationalisation des phénomènes décrits comme étant du type « transboundary regulation » et « global regulatory practice »¹⁶³. Sa proposition principale, à savoir qu'il pourrait y avoir un « droit public global unitaire », n'est pas dénuée d'intérêt, car il peut argumenter sur les fondements et les finalités réciproques du droit administratif et du droit constitutionnel globalisés. Elle reste toutefois trop « américano-centrée » compte tenu des fondements constitutionnels du droit administratif américain. L'élaboration historique du droit constitutionnel et du droit administratif n'a pas emprunté les mêmes voies dans le monde romaniste, notamment en France et en Allemagne. À titre de comparaison, le débat sur les bases constitutionnelles du droit administratif en France est devenu légendaire. Si ce détour par le droit constitutionnel nous ramène à la question des fondements, le texte de Ming-Su Kuo ne résoud pas pour autant la question de la juridicité.

Ce qui peut constituer une source d'étonnement, c'est l'absence de renvoi aux travaux de Herbert L. A. Hart sur le statut du droit international

161. *Id.*, à la page 261.

162. Nico KRISCH, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Les études sur le droit postnational constituent un autre courant qui n'existe pas uniquement sous forme de textes publiés en anglais : Karim BENYEKHLEF, « Vers un droit postnational ? Un court essai sur le droit cosmopolitique comme modèle de gouvernance globale », dans Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie. Le droit, une variable dépendante*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 907. Ces études entretiennent des liens incontestables avec les travaux sur le droit cosmopolitique et le cosmopolitisme.

163. Ming-Sung KUO, « Between Fragmentation and Unity : The Uneasy Relationship Between Global Administrative Law and Global Constitutionalism », (2009) 10 *San Diego International Law Journal* 439, 441 et 442.

public, tant dans le texte de Benedict Kingsbury paru en 2009¹⁶⁴ que dans les commentaires critiques parus à propos de ce texte. Dans *The Concept of Law*, Herbert L. A. Hart avait élaboré une vision critique du droit international public en le comparant, avec nuances et précautions, à du droit municipal¹⁶⁵. Pour cet auteur, le droit international ne contient que des règles primaires (à l'exclusion de règles secondaires de reconnaissance) qu'il décrit à titre de *set of rules* et non comme formant un système juridique (*legal system*). Ses positions ont été largement commentées et critiquées¹⁶⁶. Pour rendre sa démarche plus crédible, Benedict Kingsbury aurait pu faire la critique de Herbert L. A. Hart afin de mieux le situer dans sa démarche qui remonte à 1961 (année de la première édition de son ouvrage) et montrer l'évolution subséquente du système international¹⁶⁷.

À la lumière de ce débat, le problème de la juridicité du droit administratif global découle en grande partie de l'institutionnalisation de processus administratifs plus ou moins calqués sur des éléments qui caractérisent le droit formel : des auditions, des consultations, de l'expertise, des enquêtes, des rapports, des garanties procédurales, des avis et des recommandations, ainsi que des mécanismes d'imputabilité qui échappent aux catégories préexistantes de divers champs disciplinaires. Ce qui rend plus aléatoire la démarche empruntée par les auteurs qui soutiennent l'existence du droit administratif global, c'est l'ampleur des difficultés éprouvées dans le contexte des droits administratifs nationaux en vue de distinguer de simples pratiques administratives des exigences plus formelles du droit administratif. Comme le souligne David Dyzenhaus, les contours du droit administratif sont déjà problématiques à l'échelle nationale¹⁶⁸, ce qui rend plus périlleuse toute analyse qui prétend faire l'économie de ce qui peut être appréhendé comme du droit administratif à l'échelle internationale. Les publications ayant pour objet l'affirmation d'un droit administratif globalisé offrent peu de repères sur ce plan.

164. B. KINGSBURY, préc., note 79.

165. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, préc., note 136, p. 213-237.

166. Jeremy WALDRON, «Hart and the Principles of Legality», dans Matthew H. KRAMER et autres (dir.), *The Legacy of H. L. A. Hart. Legal, Political and Moral Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 67, aux pages 68 et 69; Jason A. BECKETT, «The Hartian Tradition in International Law», (2008) 1 *The Journal Jurisprudence* 51; John R. MORSS, «Sources of Doubt, Sources of Duty: HLA Hart on International Law», (2005) 10 *Deakin Law Review* 698.

167. Cette mise en perspective a été faite par Mehrdad PAYANDEH, «The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart», (2010) 21 *E.J.I.L.* 967, 977 (*a critical assessment of Hart's concept of international law*).

168. D. DYZENHAUS, préc., note 97, à la page 8.

2.3 Le phénomène de la normalisation technique

Dans leur texte fondateur de 2005, Benedict Kingsbury, Nico Krisch et Richard B. Stewart présupposent que l'ensemble des règles et des procédés formant le champ de leur investigation peut être considéré comme du droit¹⁶⁹. Ils ne font pas allusion comme tel au phénomène de la *soft law*, mais, dans le but de mieux démarquer le droit administratif global des droits administratifs nationaux, ils insistent sur le caractère «informel de l'administration globale» en tirant cette conclusion : «with some exceptions, global administration consists mostly of administrative bodies with the power to make recommendations but not binding rules, or of regulatory networks or other intergovernmental cooperative arrangements with informal decisionmaking procedures¹⁷⁰». Ce constat laisse supposer que le droit administratif global n'est certes pas de même nature que le droit administratif (au sens général), mais ces auteurs éludent un problème plus fondamental compte tenu des débats récurrents sur la place de la *soft law* en droit international. Si la distinction entre *hard law/soft law* a été souvent critiquée pour son réductionnisme et le refus de toute nuance entre ces deux pôles, des analyses laissent entendre qu'une large partie du droit international public ne serait pas du type *hard legalization* («most international law is "soft" in distinctive ways¹⁷¹»), tout en reprenant des considérations issues de l'analyse économique du droit pour justifier la supériorité de la *soft law*¹⁷². Sans que le droit international soit directement en cause, la *soft law* reste un thème connu du droit contemporain¹⁷³.

Cet oubli a été signalé par Alexander Somek : «The classification as "soft law", which is rightly avoided by GAL, merely epitomizes a predicament¹⁷⁴.» Compte tenu de l'importance de ces règles non contraignantes (*non-binding rules*) pour la production de règles associées à l'activité des organisations internationales, cet auteur considère que le droit administratif global est nécessairement placé devant la nécessité d'expliquer et

169. B. KINGSBURY, N. KRISCH et R.B. STEWART, préc., note 5, 28 : «In our approach, global administrative law effectively covers all the rules and procedures that help ensure the accountability of global administration.»

170. *Id.*, 53.

171. Kenneth W. ABBOTT et Duncan SNIDAL, «Hard and Soft Law in International Governance», *International Organization*, vol. 54, n° 3, été 2000, p. 421, à la page 421.

172. *Id.*, à la page 423 : «We argue [...] that international actors often deliberately choose softer forms of legalization as superior institutional arrangements.»

173. John J. KIRTON et Michael J. TREBILCOCK, *Hard Choices, Soft Law. Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2004.

174. A. SOMEK, préc., note 128, 988.

de justifier la raison pour laquelle son objet d'étude peut être considéré comme du droit¹⁷⁵.

Afin de réfléchir sur ce relativisme juridique, Sabino Cassese attire l'attention sur la croissance des comités investis de fonction juridictionnelle (*panels/adjudicating bodies*) qui fonctionnent sur la base d'une procédure contradictoire¹⁷⁶. Nombreux et disparates, ces comités peuvent voir leur statut et la nature de leurs décisions varier substantiellement, comme le montrent deux exemples connus, l'Organe de règlement des différends de l'OMC (Dispute Settlement Body of the WTO) par opposition aux conditions d'élaboration suivies par la Commission du *Codex alimentarius*. Dans le cas de l'OMC, les accords et les instruments juridiques connexes repris dans les annexes de l'Accord de Marrakech¹⁷⁷ sont contraignants pour tous les membres, les différends sont réglés conformément au droit (interdiction de statuer en amiable compositeur) et le caractère obligatoire des règles de l'OMC ne fait pas de doute même si quelques États n'exécutent pas correctement toutes leurs obligations et que les institutions internationales ne sont pas toujours en position de leur imposer ce respect. Le fonctionnement de l'Organe de règlement des différends relève de l'annexe 2 (*Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*¹⁷⁸). Comme plus de 200 réclamations ont été présentées à cet organe et que les décisions sont respectées par les États, la juridicité ainsi que l'opposabilité du droit de l'OMC ne soulèvent guère de controverses¹⁷⁹.

À l'opposé, le *Codex alimentarius* est un exemple de la *soft law* internationale. Depuis les années 60, il résulte des travaux d'une commission instituée conjointement par l'OMC et l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) dans le but d'élaborer des standards internationaux dans le domaine de la sécurité alimentaire et des pratiques loyales dans le commerce des aliments. Les standards du *Codex alimentarius* ne sont pas obligatoires pour les États membres des Nations Unies, leur modalité d'acceptation étant définie par les *Principes généraux*

175. *Id.*

176. S. CASSESE, préc., note 9, 692.

177. *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, préc., note 2.

178. *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, Annexe 2, [En ligne], [www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dsu_f.htm] (3 novembre 2011).

179. Mitsuo MATSUSHITA, Thomas J. SCHOENBAUM et Petros C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 141 (*Enforcement of WTO Obligations: Remedies and Compliance*); David LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 771 (procédure contraignante).

du *Codex alimentarius*¹⁸⁰. Les standards de ce dernier n'auraient ainsi aucune force obligatoire, ce qui accrédi-terait la prépondérance de la *soft law*. Les choses ne sont pourtant pas aussi limpides qu'il y paraît. En effet, l'OMC utilise elle-même ces règles de *soft law* en leur conférant une portée obligatoire pour la base des différends techniques entre États¹⁸¹. Le raisonnement de l'OMC est alors évident. Lorsqu'il existe des normes internationales pertinentes élaborées par des organes compétents, les États doivent les utiliser comme fondement du règlement technique et scientifique du litige, surtout en présence d'une incertitude scientifique réelle. Les standards perdent ainsi leur rang de simples recommandations pour accéder au statut de règles dont le non-respect entraîne des conséquences juridiques.

Le scénario le plus répandu n'en reste pas moins l'élaboration de règles techniques qui ne concernent pas nécessairement les États. Dans le domaine financier, le Comité de Bâle pour le contrôle prudentiel bancaire (Basel Committee on Banking Supervision) avait retenu l'attention pour son rôle d'harmonisation et de coordination dans l'élaboration de règles prudentielles et de bonnes pratiques pour les banques. Ces recommandations, dépourvues de valeur contraignante¹⁸², n'ont pas joué un rôle significatif qui aurait permis d'éviter la débâcle financière de 2008. Les Accords de Bâle III publiés le 16 décembre 2010¹⁸³ sont des propositions de réglementation bancaire en vue de favoriser un ratio de liquidité pour les banques internationales. Cette réforme part du constat que la sévérité de la crise peut être expliquée par la croissance excessive des bilans et hors bilans bancaires (par l'intermédiaire, à titre d'exemple, des produits dérivés) dans un contexte où de nombreuses institutions ne disposaient plus de réserves suffisantes pour faire face à une crise de liquidité. Les recommandations du Comité de Bâle doivent être transposées en droit national d'ici le 1^{er} janvier 2013 et les banques auront jusqu'en 2019 pour les

180. COMMISSION FAO/OMS DU CODEX ALIMENTARIUS, *Commission du Codex alimentarius. Manuel de procédure*, 17^e éd., Rome, Organisation mondiale de la santé, 2007, p. 30 et suiv.

181. Henry CULOT, « *Soft Law* et droit de l'OMC », (2005) 19 *R.I.D. écon.* 251, 262; Dieter ARNOLD, « The Codex Alimentarius Commission – A View from Practice », dans O. DILLING, M. HERBERG et G. WINTER (dir.), préc., note 13, p. 151 (« Codex standards are the “golden standards” under the WTO agreements »); Alexia HERWIG, « The Contribution of Global Administrative Law to Enhancing the Legitimacy of the Codex Alimentarius Commission », dans O. DILLING, M. HERBERG et G. WINTER (dir.), préc., note 13, p. 171.

182. Michael S. BARR et Geoffrey P. MILLER, « Global Administrative Law: The View from Basel », (2006) 17 *E.I.J.L.* 15, 25 (*Basel is a non-binding standard*).

183. BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Basel III: A Global Regulatory Framework for more Resilient Banks and Banking Systems*, 2010, [En ligne], [www.bis.org/publ/bcbs189.pdf] (3 novembre 2011).

appliquer. Cette normalisation technique caractérise également les travaux du Conseil international des normes comptables (International Accounting Standard Board) pour la production de normes prudentielles et comptables, les Normes d'information financière internationale/International Financial Reporting Standards (IFRS), lesquelles ont pour objet d'améliorer le fonctionnement du marché des services financiers. Peu importe le caractère comptable, gestionnaire ou prudentiel de ces normes, cette normalisation prudentielle semble connaître un succès considérable en dépit de son caractère non obligatoire¹⁸⁴.

Dans la perspective de leur utilisation et de leur effectivité, les règles produites par les organisations internationales échappent ainsi à une caractérisation binaire du type droit contraignant versus *soft law*. Certes, nous ne pouvons nier qu'elles possèdent *a priori* un statut déterminé en droit international, mais leur opposabilité peut varier sensiblement selon le contexte institutionnel, les interprètes et d'autres traités. C'est dans ce contexte de relativité des règles qu'il faut comprendre les remarques générales de Benedict Kingsbury selon lesquelles le droit administratif global ne peut pas se limiter à des questions de validité, mais doit également tenir compte de la portée (*weight*) des règles entre les organisations internationales¹⁸⁵. Sur ce plan, son constat de l'absence d'un système unifié en vue de délimiter le droit administratif global est fondé, ainsi que l'inexistence d'une règle commune de reconnaissance au sens des travaux de Herbert L. A. Hart¹⁸⁶. Placé devant cette difficulté, qui consiste à déterminer la portée (*weight*) des règles issues du droit administratif global, il propose la solution décrite plus haut et qui lui vaut de nombreuses critiques, soit celle qui consiste à chercher des attributs qui seraient inhérents ou « immanents » quant au droit public (« attributes, constraints and normative commitments that are immanent in public law¹⁸⁷ »). Outre le fait que cette approche conduit inéluctablement vers une conception néo-jusnaturaliste du droit administratif, elle n'apporte aucune réponse satisfaisante à la disparité de traitement des règles produites par les organisations internationales. Dans un contexte de fragmentation du droit des organisations, ce flottement peut inviter tout aussi bien à la casuistique qu'à des démarches du type holistique.

184. Chris BRUMMER, *Soft Law and the Global Financial System. Rule Making in the 21st Century*, Cambridge University Press, 2011.

185. B. KINGSBURY, préc., note 79, 27.

186. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, préc., note 136.

187. *Id.*, p. 28.

Conclusion

Ce débat sur l'émergence d'un droit administratif global n'est pas fortuit. Il correspond à l'évolution réciproque du droit international public et du droit administratif dans le contexte d'un rapprochement réciproque. Si les réflexions critiques de Martti Koskenniemi sur la fragmentation et la déformalisation du droit international sont connues et pourraient trouver dans l'épisode du droit administratif global une nouvelle illustration¹⁸⁸, il semble manifeste, à la lumière de ses propres conclusions, que l'évolution actuelle du droit international reste tributaire de l'existence d'une pléthore d'organisations internationales dont les finalités sont orientées vers l'élaboration de politiques, de recommandations, d'avis et de rapports sans considération particulière pour les catégories classiques du droit. Nous avons fait le même constat pour l'évolution du droit administratif dans un cadre d'analyse centré sur les droits nationaux¹⁸⁹. Sur le plan du droit international, Martti Koskenniemi note ce virage technique sur fond de rationalité managériale au détriment d'un véritable projet politique pour les institutions internationales¹⁹⁰. Le débat actuel sur le droit administratif global montre cette hypertrophie de la fonction administrative dans l'élaboration de règles techniques et scientifiques en vue de régler des différends qui sont liés de près au phénomène de la globalisation et de la standardisation par des règles techniques (*transnational administrative rule-making*). Le principal mérite des auteurs qui ont propulsé le droit administratif global est de montrer l'inéluctabilité de ce phénomène et de ses conséquences, sans pour autant réussir à dépasser les limites habituelles du droit administratif, en l'absence d'un fondement constitutionnel approprié pour décrire et légitimer cette orientation technique.

En revanche, les solutions proposées et la démarche méthodologique suivie posent divers problèmes. Pour sortir de l'impasse de la fragmentation où les analyses pourraient relever de la simple casuistique, du cas par cas, comme le montrent plusieurs études (la prudence des auteurs est compréhensible, mais elle ne débouche sur aucune synthèse), la démarche holistique du type vertical (*top-down*) est plus séduisante que la recherche de fondements tangibles dans le droit positif (*bottom-up*). Les approches

188. Martti KOSKENNIEMI, «The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics», (2007) 70 *Modern Law Review* 1, 4 et 9.

189. D. MOCKLE, préc., note 125, p. 37.

190. M. KOSKENNIEMI, préc., note 188, 29: «Thinking of international law in apolitical and technical terms opened the door for expert rule and managerialism, not in competition with politics as in the domestic realm, but as a *substitute* for it.»

holistiques sont plus connues dans le monde anglo-américain¹⁹¹. Dans le but d'expliquer et de décrire des phénomènes politiques, sociaux ou économiques, il serait ainsi nécessaire de postuler l'existence de « totalités sociales » (*social wholes*) dont l'impact serait en réalité beaucoup plus grand que l'individualisation analytique des phénomènes ou des entités. La globalisation en est une illustration, car elle permettrait d'expliquer par le haut l'existence d'un droit qui ne résulte pas de la contribution de divers droits nationaux, comme le montre, *a contrario*, l'évolution du droit administratif européen. Ce cadre méthodologique ne peut pas être jugé *a priori* comme bon ou mauvais. Son utilisation reste tributaire de l'objet d'analyse¹⁹². Si l'étude de la globalisation requiert d'autres méthodes, notamment pour le droit comparé¹⁹³, la démarche holistique du droit administratif global reste néanmoins périlleuse en l'absence d'un contrôle juridictionnel des organisations internationales. Les auteurs se trouvent ainsi engagés dans une spirale de spéculation sur des « droits » dont l'existence est le plus souvent postulée ou calquée d'après des éléments de procédure administrative ou des principes généraux du droit.

Engagés dans un renouveau théorique sur le fondement de la globalisation, du droit transnational et postnational, plusieurs professeurs venus de divers champs du droit, notamment le droit international et le droit administratif, ont décrit et parfois postulé l'existence d'un droit administratif globalisé. Si la réponse pouvait être affirmative pour cet élargissement du droit administratif, le débat engagé a négligé le contenu, ainsi que les acquis, des différents droits administratifs nationaux, qui ont été exclus d'emblée en 2005. Il en résulte une absence de débat sur la pertinence de plusieurs notions propres au droit administratif à titre de cadre conceptuel conçu pour décrire et analyser des phénomènes administratifs. Le droit administratif ne se résume pas à des principes, si importants soient-ils pour des individus ou des justiciables. L'existence d'un patrimoine commun pour tous les droits administratifs nationaux, peu importe que la filière soit du type romaniste ou de common law, offre des repères indispensables pour

191. Thomas KLEINLEIN, « On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State », (2010) 21 *E.J.I.L.* 1075, qui a pour objet de recension l'ouvrage de P. DOBNER et M. LOUGHLIN (dir.), préc., note 16, ainsi que l'ouvrage de J. KLABBERS, A. PETERS et G. ULFSTEIN, préc., note 60.

192. À titre d'exemple: Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, vol. 4. « Vers une communauté de valeurs ? », Paris, Seuil, 2011, p. 189 (« Résoudre l'énigme d'une communauté de valeurs sans fondations »); Mireille DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998.

193. Horatia MUIR WATT, « Globalization and Comparative Law », dans Mathias REIMANN et Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 579, à la page 583.

définir des décisions administratives, des avis, des recommandations, des actes réglementaires, des directives, des permis, des subventions, des autorisations, de même que le pouvoir discrétionnaire, pour ne donner que quelques exemples. Pour l'énoncé des principes, le droit administratif européen présente déjà des repères précis sur le plan de l'effectivité et de la juridicité (proportionnalité, sécurité juridique, non-discrimination, motivation, droit d'être entendu, droit à un recours juridictionnel effectif)¹⁹⁴ grâce au travail de la Cour de justice.

Dans leur recherche de principes généraux pour le droit administratif global, la majorité des auteurs ont négligé ou omis le débat très connu en droit international public sur la nature des principes généraux de droit « reconnus par les nations civilisées » pour reprendre les termes exacts de l'article 38 (1) (c) du *Statut de la Cour internationale de justice*¹⁹⁵. Si cette question a été éludée, c'est probablement dans le but d'éviter les controverses sur ces principes dont le caractère de véritable source du droit international a souvent été nié. La dynamique de leur insertion dans l'ordre juridique international ressemble pourtant de près à la démarche suivie pour la reconnaissance des principes généraux du droit administratif global. En droit international, la transposition dans l'ordre juridique international suppose l'existence de principes communs aux différents systèmes juridiques nationaux (la formule « nations civilisées » est devenue désuète)¹⁹⁶. Il est difficile d'en dresser une liste précise et exhaustive, car les juridictions internationales (et non uniquement la Cour internationale de justice) font souvent un examen au cas par cas sans préciser le rapport potentiel avec l'article 38¹⁹⁷.

Le recours à des principes issus des droits internes en droit administratif européen et en droit international procède de l'analogie. Ce sont des organes juridictionnels (Cour internationale de justice et Cour de justice de l'Union européenne, notamment) qui s'inspirent en partie des acquis liés au fonctionnement des modèles étatiques. Si la globalisation exige de nouvelles perspectives, toute ouverture en faveur d'un nouveau champ du droit ne peut progresser que sur le fondement des acquis des autres champs dont la proximité est évidente. Dans la mesure où les organisations internationales, ainsi que les organismes de standardisation, ne font pas l'objet

194. Jean-Bernard AUBY et Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 14; Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. I-4.

195. *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, C.N.U.O.I., vol. 15, p. 365, [1945] R.T. Can. n° 7.

196. N. QUOC DIN et autres, préc., note 110, p. 383.

197. *Id.*, p. 384.

d'un véritable contrôle juridictionnel aux fins d'énonciation et d'unification des principes, le droit administratif global projette l'image d'un droit en devenir ou d'un droit en chantier. Le résultat ressemble à l'énonciation de droits ou de principes en vue d'élaborer un nouveau champ du droit, à la manière des *Six personnages en quête d'auteur* de Luigi Pirandello¹⁹⁸, à moins qu'il ne s'agisse, au contraire, d'un droit dont l'existence est postulée pour justifier la recherche de principes et de fondements.

Entre la normalisation technique établie par des standards, les règles relatives au fonctionnement des organisations, les procédés pour le règlement des différends, ainsi que les principes généraux, qui peuvent être produits et partagés par des organisations publiques, privées, voire hybrides, dont le statut peut être très différent, le droit administratif global n'est pas unifié. Cette hétérogénéité caractérise avec autant d'ampleur les organisations, le statut des règles et les moyens d'action. Malgré ces limites, le droit administratif global mérite d'être « pris au sérieux », pour reprendre ici une formule inspirée de Ronald Dworkin¹⁹⁹. Les réalités induites par la globalisation exigent un cadre juridique du type évolutif, certes novateur, mais qui n'est pas nécessairement en rupture radicale avec le passé. À titre comparatif, le droit des organisations internationales, le droit international administratif ainsi que les réalités nouvelles induites par le droit transnational offrent un avantage appréciable. Ils peuvent être présentés sans trop de difficulté, car leur juridicité et leur légitimité ne requièrent pas de longs développements sur la notion de « droit administratif ». La plus grande difficulté que pose ce qui est décrit par l'expression « droit administratif global » n'est pas tant le contenu de ce champ du droit que l'appellation « droit administratif », ce dernier étant un élément constitutif du droit public. Dans la perspective de l'élargissement souhaité par quelques auteurs, son emploi se bute à des obstacles qui restent considérables. Ce débat sur le droit administratif global constitue néanmoins une magnifique occasion de disserter sur la nature même du droit administratif dans toutes ses dimensions.

198. Luigi PIRANDELLO, *Six personnages en quête d'auteur*, traduit par Claude PERRUS, Paris, Flammarion, 2009.

199. Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.