

Le droit administratif global : une introduction^{a b}

« La girafe semble un mécanisme constitué de pièces provenant de machines hétérogènes, et pourtant elle fonctionne parfaitement [...] Monsieur Palomar [...] s'interroge sur son intérêt pour la girafe. Peut-être parce que le monde qui l'entoure se bouge de manière désordonnée et qu'il espère toujours lui découvrir un dessein, une constante »*.

1. La pêche au thon : comment naît un droit administratif global

La pêche du *Southern Bluefin Tuna – Thunnus maccoyii* (Thon rouge du Sud) atteint, au début des années Soixante, soixante mille tonnes par an. Il s'ensuit une forte baisse du nombre de thons qui parvenaient à maturité. Les captures commencèrent à diminuer.

En 1973, la *Third United Nations Conference on the Law of the Sea* se réunit à New York et conclut ses travaux en 1982 par un nouveau traité : la *United Nations Convention on the Law of the Sea* (Unclos), entrée en vigueur en 1994 avec la signature du soixantième État, la Guyane. L'article 64 du traité dispose que « [t]he coastal State and other States whose nationals fish in the region for the highly migratory species listed in Annex I shall cooperate directly or through appropriate international organizations with a view to ensuring conservation and promoting the objective of optimum utilization of such species throughout the region, both within and beyond the exclusive economic zone »¹.

Les articles 116 à 119 contiennent d'autres dispositions sur la préservation des ressources vivant en haute mer. Le thon rouge du sud est inclus dans la liste de l'*Annexe I*.

^a Première leçon du cours d'introduction au droit administratif tenu à la faculté de droit de l'*Università degli studi di Roma « La Sapienza »* de l'année universitaire 2004-2005 (10 janv. 2005) et, en version anglaise, exposé au congrès de l'*Institute for international Law and Justice de la New York University School of Law sur Global Administrative Law : National and International Accountability Mechanisms for Global Regulatory Governance* (22-23 avr. 2005). Je remercie l'assistant Lorenzo Casini pour m'avoir aidé dans les recherches relatives à l'ICANN et les professeurs Stefano Battini et Francesca Bignami pour les commentaires de la première version de ce texte.

^b Le présent article a été publié en version française à la revue *Droit administratif*, 2007 n° 5. Elle a fait l'objet d'une révision générale pour la présente édition. NDT.

* In : Italo Calvino, *Palomar*, Turin, Einaudi, 1983, pp. 81-82, publié in : *Romanzi e racconti*, Milan, Mondadori, 1992, vol. 2 pp. 940-941.

¹ « L'État côtier et les autres États dont les ressortissants se livrent dans la région à la pêche de grands migrateurs figurant sur la liste de l'annexe I coopèrent, directement ou par l'intermédiaire des organisations internationales appropriées, afin d'assurer la conservation des espèces en cause et de promouvoir l'exploitation optimale de ces espèces dans l'ensemble de la région, aussi bien dans la zone économique exclusive qu'au-delà de celle-ci. Dans les régions pour lesquelles il n'existe pas d'organisation internationale appropriée, l'État côtier et les autres États dont les ressortissants exploitent ces espèces dans la région coopèrent pour créer une telle organisation et participer à ses travaux. ».

En 1985, Australie, Japon et Nouvelle-Zélande, pays pratiquant principalement la pêche de ce type de thon, passèrent des accords volontaires. Ces derniers se révélant inadéquats, les trois pays signèrent, en 1993, une *Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna* (CCSBT) entrée en vigueur en 1994. Par la suite, d'autres pays adhèrent au traité.

Le traité établit la *Commission for the Conservation of Southern Bluefin Tuna*. Cette commission, dotée de la personnalité morale, dispose d'un Secrétariat, de son propre personnel d'un siège à Canberra en Australie. La Commission comprend d'autres organes de contrôle et consultatifs, un bilan et un règlement comptable, un règlement du personnel. La Commission, à son tour, a créé en 2001 une *Extended Commission* dont font partie, non seulement les États membres de la Commission mais aussi d'autres « *entities or fishing entities* » qui ont des thoniers battant pavillon national.

Sur la base du traité et des actes adoptés par la Commission, cette dernière recueille des informations statistiques et scientifiques sur le thon et les espèces similaires ; elle établit, par des décisions obligatoires pour les parties, les quotas de thon que peuvent pêcher annuellement les signataires du traité² ; elle adopte, « *if necessary, additional measures* » ; elle contrôle le respect des contingents déterminés (par exemple, elle a établi que l'importation de thon dans chaque pays adhérent devait être accompagnée d'une documentation statistique sur sa provenance) ; elle contrôle la pêche illégale sur la base de l'International Plan of Action de la *Food and Agriculture Organization* (Fao 1945) relative l'*Illegal, Unregulated and Unreported Fishing* (Iuu2001) ; elle invite les pays non adhérents à respecter les objectifs du traité.

Le traité lie les parties mais leur permet aussi de coopérer pour empêcher la pêche au thon par les « *nationals, residents or vessels of any State or entity not party to this Convention* » si cela compromet la réalisation des objectifs du traité (*art. 15.4*).

La Commission a fixé les quotas nationaux en 1994, mais par la suite elle ne réussit pas à trouver un accord pour les modifier. C'est la raison pour laquelle sont restés inchangés malgré les pressions du Japon pour les augmenter.

En 1998 et en 1999, le Japon entreprit un programme de pêche expérimentale, dépassant les limites fixées par la Commission. L'Australie et la Nouvelle-Zélande engagèrent une procédure arbitrale devant le tribunal arbitral prévu par l'article 287 et par l'annexe VII de la LOS, et une procédure conservatoire sur la base de l'article 290.5 de la LOS, devant le Tribunal international du droit de la mer (*ITLOS*). Par ailleurs, la Nouvelle-Zélande, en réponse à l'action unilatérale du Japon, interdit l'accès de ses ports aux thoniers japonais.

Le 27 août 1999, le tribunal international rendit ses décisions *Southern Bluefin Tuna Cases – New Zealand v. Japan and Australia v. Japan*, en établissant que les trois pays ne devaient pas dépasser les limites de pêche arrêtées d'un commun accord et que les programmes de pêche expérimentaux devaient eux aussi respecter ces limites. En outre, il ordonne aux parties de reprendre la négociation.³

² Les quotas sont assignés aux États mais destinés aux pêcheurs car chaque État doit, à son tour, répartir entre eux le quota national.

³ En général, sur le problème de la pêche internationale *J.-S. Barkin, Unilateralism and Multilateralism in International Fisheries Management ; Global Governance*, 6, 2000, p. 339-360.

L'ordre du tribunal fut respecté et les négociations reprirent. Entre-temps, le tribunal arbitral fut constitué et décida d'utiliser le *Center for Settlement of Investment Disputes* (Icsid) (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)), pour remplir les fonctions de secrétariat et de greffe ⁴.

Le tribunal arbitral parvint à une décision le 4 août 2000. Il déclara qu'en l'absence du consentement du Japon à déférer le conflit au tribunal arbitral, « *this Tribunal lacks jurisdiction to entertain the merits of the dispute brought by Australia and New Zealand against Japan* ». Il reconnut que la convention de 1994 fixe « *the consensual nature of any reference of a dispute to either judicial settlement or arbitration* » et ajoute que « *these provisions are meant to exclude compulsory jurisdiction* ». Par conséquent, il révoque les « *provisional measures* » fixées par le Tribunal international du droit de la mer. Mais il ajoute : « *[h]owever, revocation of the Order prescribing provisional measures does not mean that the parties may disregard the effects of that order or their own decisions made in conformity with it* ». Le tribunal arbitral insiste sur la « *possibility of renewed negotiations* », conformément à l'article 16.2 de la convention de 1994 selon lequel « *failure to reach agreement on reference to the International Court of Justice or to arbitration shall not absolve parties to the dispute from the responsibility of continuing to seek to resolve it by any of the various peaceful means referred to in paragraph I above* » ⁵.

À la suite de cette décision, la Nouvelle-Zélande, en décembre 2000, révoqua l'interdiction d'accès des bateaux japonais à ses ports. La négociation continua et conduisit, en 2001, à la décision de développer un programme scientifique afin de vérifier la consistance du stock de thon. Le programme fut rédigé par des experts indépendants et prévoyait, entre autres, que des observateurs contrôlent à bord des bateaux de pêche la quantité de thon pêché.

L'on retrouve, dans cette affaire, tous les traits distinctifs du droit administratif. Il y a une organisation dotée d'un pouvoir d'autorité. Celle-ci adopte des décisions administratives destinées également à des tiers. Enfin, il y a des juges appelés à trancher les litiges qui naissent entre les sujets régulés, sur la base des décisions de l'organisation.

La décision globale, celle de la Commission, une fois adoptée devrait être exécutée par les États. En effet, l'article 117 de l'Unclos dispose que « *[a]ll States have the duty to take, or to cooperate with other States in taking, such measures for their respective nationals as may be necessary for the conservation of the living resources of the high seas* ». Toutefois, dans la phase descendante également, celle de l'exécution, la Commission agit encore à l'égard des membres des ordres nationaux.

Par rapport aux droits administratifs les plus connus, ceux des États, il existe cependant quelques différences qui doivent être soulignées.

En premier lieu, l'absence d'exclusivité entre les régimes internationaux. La réglementation de la pêche au thon se fonde soit sur un régime spécifique, celui du traité pour la protection du thon, soit sur un régime plus général, celui du traité sur le droit de la mer ⁶. La *Commission for the Conserva-*

⁴ On notera qu'il s'agit du premier tribunal arbitral institué aux termes de l'Annexe VII de la LOS.

⁵ « *Negotiation, inquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement or other peaceful means of their own choice* ».

⁶ Ceci a été reconnu par la *Award on Jurisdiction and Admissibility* du tribunal arbitral (4 août 2000) dans le *Southern Bluefin Tuna Case-Australia and New Zealand v. Japan* qui a décidé qu'il s'agissait d'« *a single dispute arising under both Conventions* », a parlé de « *parallelism of treaties* » et a admis que « *[t]he current range of international legal*

tion of Southern Bluefin Tuna, à son tour, n'applique pas seulement les normes du traité qui l'a instituée, mais aussi des dispositions adoptées par une autre organisation internationale, la Fao. En d'autres termes, trois ordres internationaux différents sont liés entre eux.

Seconde différence : il existe un haut degré d'autorégulation, en ce sens que les régulateurs et les régulés sont sur le même plan. Les premiers décident collectivement de se soumettre à des règles partagées. Pour obtenir également l'exécution de la part des tiers, on a recours à des invitations à coopérer.

Troisième différence : dans ce droit administratif, les décisions prises par les comités indépendants, sur la base de critères scientifiques, et les négociations conclues par accords, jouent un rôle plus important. En revanche, dans les droits administratifs des États, ce sont les décisions prises par des corps représentatifs qui prévalent (les décisions politiques) ainsi que les décisions unilatérales, du type « *command and control* ».

Quatrième différence : la ligne de démarcation entre public et privé est floue : dans la Extended Commission on trouve à la fois des États membres et des *fishing entities* qui peuvent être infra-étatiques, voire privées⁷.

Ce droit administratif peut être défini comme global⁸ bien que cette qualification puisse apparaître inacceptable pour ceux qui considèrent que, si c'est du droit administratif, il n'est pas global, en ce qu'il constitue un droit de l'État par excellence ; s'il est global il n'est pas administratif, puisque le droit global concerne les relations entre États.

Je me propose ici de commencer à répondre à quelques questions sur ce droit administratif global.

En premier lieu, comment est-il organisé et comment fonctionne-t-il ? Sous les formes caractéristiques du droit international, c'est-à-dire dit à travers des négociations, ou bien sous les formes propres au droit administratif, c'est-à-dire au moyen du *command and control* ?

En second lieu, sur quoi repose-t-il ? Les droits administratifs nationaux sont soutenus par un pilier constitutionnel qui manque au-dessus de l'État. Au-delà de l'État, il y a un espace juridique global, tout au plus une « *global governance*. Peut-il donc y avoir une administration du monde sans un gouvernement du monde ?

Enfin, quels rapports s'établissent entre droit administratif global et droits administratifs nationaux ou internes ? Y a-t-il opposition, superposition ou intégration entre les deux niveaux ? L'émergence d'un droit administratif global produit-elle des modifications dans les structures des pouvoirs publics nationaux ?

2. La diffusion des systèmes globaux de régulation

obligations benefits from a process of accretion and cumulation ».

⁷ Ni les normes des traités, ni celles qu'a promulguées l'organisation ne définissent la nature des *fishing entities*. Celles-ci, en revanche, doivent avoir des bateaux battant leur pavillon.

⁸ Terme qui appelle immédiatement une précision. C'est le plus répandu. Il y a toutefois deux termes alternatifs : « universel », d'un usage plus ancien (Domenico Romagnosi a écrit un Droit public universel) et « mondial », préféré par les Français. À ne pas utiliser dans ce contexte, le terme « international », inventé par Jeremy Bentham pour indiquer les relations entre États souverains comme sujets unitaires. On remarquera que l'expression « droit institutionnel international » pour désigner le droit des organisations internationales est plus répandue, mais principalement à l'égard des aspects internes (comme les rapports entre employés des organisations internationales et ces dernières).

Les systèmes globaux de régulation⁹ sont très diffusés. Un examen rapide des secteurs dans lesquels ils interviennent et de la multiplicité des régulateurs dans de nombreux secteurs permet de se rendre compte de la densité de la régulation globale.

Le commerce, les finances, l'environnement, la pêche, l'exploitation des ressources marines, la navigation maritime et aérienne, l'agriculture, l'alimentation, la poste, les télécommunications, la propriété intellectuelle, l'utilisation de l'espace et de l'énergie nucléaire, les sources d'énergie font l'objet d'une réglementation globale. Beaucoup d'autres secteurs le sont également, comme la production de sucre, de poivre, de thé et d'huile d'olive. Nous pouvons ainsi dire qu'il n'y a pas de domaine de l'action humaine dans lequel ne soit présente une forme quelconque de réglementation supranationale ou globale.

Les biens et les fonctions qui échappent au contrôle des États sont régulés au niveau global¹⁰. Ces États ne réussissent pas à contrôler la pêche des espèces de poissons migrateurs, et sont tout autant impuissants, à eux seuls, à limiter l'usage des gaz à effet de serre ou à empêcher la propagation des crises financières. Il faut aussi que les États se mettent d'accord pour céder leur propre pouvoir de régulation aux autres pouvoirs publics, de dimension globale, quand leurs limites ou leurs fonctions se superposent ou mènent à un conflit, comme cela se produit pour l'usage de la haute mer.

Ces exigences conduisent à la mise en place d'organes de régulation globale, appelés organisations internationales ou organisations intergouvernementales. Leur nombre actuel oscille selon les critères que l'on choisit pour les définir. En fonction des critères retenus, des plus restrictifs aux plus larges, en 2004 leur nombre était 245, 1988, voire 7306¹¹. Pour avoir un ordre de comparaison, on considère que les États sont en nombre inférieur : 191 États adhérents de l'Organisation des Nations Unies.

Il est tout aussi intéressant d'observer la vitesse à laquelle se constituent ces organisations, pour la plupart instituées dans le dernier quart du siècle dernier ; en outre, durant la même période, la participation des pouvoirs publics nationaux à ces organisations a triplé¹².

Dans de nombreux secteurs, les régulateurs sont nombreux et leurs compétences diverses. Le secteur de la mer intéresse l'*International Maritime Organization* (Imo, 1958) et l'*International Seabed Authority* (Isa, 1994), mais aussi l'*International Tribunal for the Law of the Sea* (Itlos, 1994). Le secteur de l'environnement intéresse la *World Meteorological Organization* (Wmo, 1950), la *United Nations Convention on Climate Change-Clean Development Mechanism* (Unfccc-

⁹ Expression préférable à celle, fréquemment employée, de *global governance*, qui désigne l'activité du gouvernement en l'absence d'un gouvernement- institution, *international regime*, qui recourt à un terme à écarter de ce cadre, comme on l'a déjà vu, et « organisation internationale », descriptive et limitée à l'aspect structurel. De la présente étude sont exclus les organismes « régionaux », comme l'Union européenne, qui évoluent au sein de pouvoirs publics comparables aux États, encore qu'ils s'en distinguent.

¹⁰ P.-G. Cerny, *Globalization and the Changing Logic of Collective Action : International Organization*, 49, autumn 1995, p. 595-625, spec. p. 609 et p. 618.

Sur l'inter-agency cooperation comme *central element of global economic governance*, C. Tietje, "Global Governance and Inter-Agency Co-operation in International Economic Law", *Journal of World Trade*, 2002, 36(3), pp. 501-515.

¹¹ Les données sont extraites du *Yearbook of International Organizations 2004-2005*, Muenchen, 2004, vol. 5, App. 3, Table I. - V. également N. M. Blokker, H.-G. Schermers (ss dir.), *Prolifération of International Organizations*, The Hague, 2001.

¹² V. aussi *Yearbook*, op. cit., Fig. 1-2-1 et Fig. 1-2-2..

Cdm, 1992) et la *Global Environmental Facility* (Gef, 1991) , avec leurs organes d'exécution, *United Nations Environment Programme*, *United Nations Development Programme*, *World Bank*. Dans le domaine économique et financier, de nombreux organismes sont actifs : le Fonds monétaire international (FMI, 1945), *World Bank* (1944), *Basel Committee on Banking Supervision* (1974), *Financial Stability Forum* (Fsf, 1999), *Financial Stability Institute* (FSI, 1999), *Committee on Payment and Settlement Systems*, *Egmont Group* (1995), *Financial Action Task Force on Money Laundering* (Fatf, 1989), *International Organization of Securities Commissioners* (Iosco, 1983), *International Association of Insurance Supervisors* (Iais, 1994), *International Accounting Standard Board* (Iasb, 1973, réorganisé en 2001). La nécessité de coordination entre ces organisations conduit à l'institution d'organismes supplémentaires, communs à plusieurs organisations, comme le *Joint Forum* institué en 1996 entre Iosco et Iais, sous l'égide du *Basel Committee*.

En somme, les systèmes globaux de régulation sont quantitativement très développés. Ce n'est qu'un défaut d'optique qui nous fait encore placer les États au centre des pouvoirs publics. Mais ceci ne signifie pas que l'ordre juridique global ait supplanté l'État, ni qu'il soit devenu dominant, car même à travers cet ordre, les pouvoirs publics nationaux font entendre leur voix.

Seconde conclusion : l'ordre juridique global est un ordre « pluriel » dans le sens où il manque d'unité. Il y a des organismes majeurs comme celui qui est constitué par la famille de l'ONU. Mais ces organismes ne sont pas hiérarchiquement supérieurs ou plus influents que les autres.

3. Un développement par connexions réciproques

Les États se développent à partir de, et autour d'un centre. Les institutions administratives globales se développent par connexions réciproques, à partir de points périphériques, sous des formes fédératives ou associatives.

Le mode le plus simple et le plus connu est celui des États qui s'associent pour instituer un organisme supranational comme, par exemple, l'ONU. Les organisations internationales naissent d'accords entre États mais favorisent d'autres accords ; à titre d'exemple *l'International maritime organization* a encouragé des accords relatifs à la sécurité, à la protection du milieu marin et au transport par mer du matériel nucléaire.

Pourtant, au-delà des États, des organes et autorités infraétatiques peuvent s'associer pour mettre en place des organismes internationaux. Les organismes nationaux de contrôle des bourses et des marchés financiers sont associés, comme il a été rappelé, dans le Iosco ; ceux chargés du contrôle des assurances dans le Iais ; ceux du contrôle de la concurrence dans *l'International Competition Network* (ICN, 2001). Le *Financial Stability Forum*, lancé par les ministres des finances et les banques centrales du G7, réunit ministres des Finances et dirigeants de banques centrales.

Un troisième type d'organisations globales est constitué non pas par les États ou par un niveau infraétatique, mais plutôt par d'autres organisations globales, seules ou ensemble. Par exemple, la *Commission on Phytosanitary Measures* a été instituée par la Fao en 1992, *l'International Centre for Settlement of Investment Disputes* par la *World Bank* en 1966.

Dans d'autres cas, plusieurs organisations globales se sont unies pour mettre en place une autre organisation, elle aussi globale. Le *Financial Stability Institute* a été constitué en 1999 par la *Bank for International Settlements* et par le *Basel Committee on Banking Supervision*. La *Codex Alimentaria*

rius Commission a été fondée en 1963 par la Fao et la *World Health Organization* (Who, 1948). La *World Trade Organization* (Wto, 1994) et la *United Nations Conference on Trade and Development* (Unctad, 1964) ont mis en place ensemble l'*International Trade Committee*.

L'interpénétration horizontale entre les structures globales est renforcée par des liens organiques et procéduraux. Comme exemple des premiers l'on peut citer la participation du directeur général de la Wto au Conseil exécutif de l'ONU, la présidence du Conseil d'administration de l'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* par le président de la *World Bank*, la nomination du secrétaire de la *Commission on Phytosanitary Measures* par le directeur général de la Fao et celle du secrétaire de l'*Unfccc-Cdm* par le secrétaire général de l'ONU.

Parmi les exemples de liens procéduraux, on trouve un vaste réseau d'accords entre la *World Intellectual Property Organization* (Wipo 1967) et la Wto, ainsi que les rapports étroits et fréquents entre la *Universal Postal Union* (Upu, 1874), l'*International Civil Aviation Organization* (Icao, 1944), l'*International Telecommunication Union* (Itu, 1865), et la Wto ; entre l'Office international des épizooties (OIE) (1924), la Fao, la Wto, la *Codex Alimentarius Commission*, la *World Health Organization* ; entre le *Financial Stability Forum*, l'Iosco et l'Iais ; entre l'*International Olive Oil Council* (1986) et la *Codex Alimentarius Commission* ¹³

Les liens fonctionnels entre la Wto et la *Commission on Phytosanitary Measures* et entre la Wto et l'OIE sont encore plus étroits. Les standards établis au sein de la *Commission* ne sont pas contraignants, mais ils le deviennent dans le cadre de la Wto parce que les membres de cette dernière doivent fixer leurs mesures phytosanitaires sur la base des standards de la *Commission*. Ceci vaut également pour les standards de l'OIE. Des standards établis par une organisation deviennent donc des normes contraignantes, en raison de la force que leur donne une autre organisation ¹⁴.

Enfin la connexion entre les différents régimes globaux est renforcée par le fait que certaines institutions « prêtent » à d'autres leurs organes pour la résolution des litiges. Par exemple, l'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* institué pour résoudre les différends concernant les investissements de la *World Bank* se prononce également sur les litiges concernant le *North American Free Trade Agreement*, l'*Energy Charter Treaty*, le *Cartagena Free Trade Agreement* et le *Colonia Investment Protocol of Mercosur*.

Ce système de régimes séparés qui s'associent morceau par morceau, au moyen de liens et de renvois en construisant un réseau n'est pas le fruit d'un projet unitaire et ne se présente pas - rappelons-le - comme un ensemble unitaire.

¹³ Sur l'*inter-agency cooperation* comme *central element of global economic governance*: C. Tietje, "Global Governance and Inter-Agency Co-operation in International Economic Law", *Journal of World Trade*, 2002, 36(3), p. 501-515.

¹⁴ K. Raustiala, D.-G. Victor, (« The Regime Complex for Plant Genetic Resources », *International Organization*, 58, spring 2004, p. 277-309) parlent à ce sujet de régimes complexes, composés de *elemental regimes*, caractérisés par des *horizontal, overlapping structure* et par la *presence of divergent rules and norms*. D'autres fois, les standards déterminés par des organismes globaux deviennent contraignants en vertu de décisions d'administrations nationales, comme dans le cas de ceux qui sont fixés par le *Basel Committee on Banking Supervision* pour le contrôle bancaire, auxquels la force obligatoire est conférée par les banques centrales nationales. Ceci pose le problème des *Private Governance Regimes*. V. pour le droit américain, H. Schepel, « Constituting Private Governance Regimes : Standards Bodies in American Law » in : C. Joerges, I.-J. Sand-G, Teubner (ss dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford and Portland, Oregon, 2004, p. 161 et s.

Il présente les caractéristiques suivantes : il est progressif, coopératif, non hiérarchique ; il n'a pas de centre. Il se développe sous une forme non planifiée mais spontanée et sa densité normative est grande.

Enfin, bien qu'il ait ses origines dans les États, qui continuent à le contrôler, ce système tend à devenir de moins en moins dépendant de ces derniers car il est en mesure de se développer de manière autonome, au moyen de processus volontaires, spontanés.¹⁵ Comme nous le verrons plus loin, les pouvoirs publics nationaux compensent leur faiblesse d'une autre manière, en s'insérant dans les processus décisionnels des organismes globaux.

Le caractère itératif et progressif de ce processus défie les tentatives de taxinomie. Il est important, en revanche, d'en décrire les lignes de force et ses modes de développement.

4. Une organisation fluide

Le développement des systèmes globaux de régulation, comme nous l'avons déjà observé trouve son origine dans trois causes. D'une part, une centralisation des tâches, voulue par les États, dans des organismes supérieurs. D'autre part, la nécessité pour les organismes infra-étatiques de se relier entre eux. Enfin, le développement de formes de collaboration des organisations internationales à un niveau mondial.

La reproduction constante de ces trois facteurs pourrait faire penser que l'organisation se présente toujours de la même façon. Il n'en est rien car les fonctions varient, il n'y a pas séparation des pouvoirs, les lignes de démarcation entre participants et non participants et entre participants publics et participants privés sont incertaines¹⁶.

Les fonctions les plus répandues dans les systèmes globaux de régulation sont la coordination, la promotion de la coopération, l'harmonisation et la normalisation. Mais il existe d'autres fonctions, comme l'attribution des ressources rares : par exemple, l'attribution de fréquences radio par l'*International Telecommunication Union* (1865) ; l'assistance et la fourniture de services comme par exemple les fonctions de l'*International Organization for Migration* (Iom, 1989) de (IOM 1989)¹⁷, de la Who, de l'Oie ; de protection, par exemple la *United Nations High Commissioners for Refugees* (Unhcr 1950).

Les structures des organisations mondiales sont généralement articulées en quatre parties : un collège, souvent appelé assemblée, dans lequel sont présents tous les participants (États, autres organisations nationales, organisations internationales) ; un collège plus restreint, souvent nommé conseil, dans lequel les membres sont élus par le collège ; un appareil exécutif appelé secrétariat et composé de fonctionnaires permanents ; des comités constitués d'une majorité de fonctionnaires des administrations nationales.

¹⁵ C. Moellers, "Transnational Governance without a Public Law ? in Transnational Governance and Constitutionalism", op. cit., p. 327, observe qu'il y a des « *generation of norms as a spontaneous co-ordination process, normally between formally equal actors* ».

¹⁶ Sur la flexibilité des arrangements des institutions globales, V. B. Koremonos, C. Lipson, D. Snidal, « The Rational Design of International Institutions », *International Organization*, 55, automne 2001, n° 4, p. 761-799.

¹⁷ Mise en place en 1951 sous le nom d'*Intergovernmental Committee for European Migrations*.

Les structures varient pourtant d'une organisation à une autre. Certaines, par exemple, ne disposent pas de leur propre secrétariat : celui du *Basel Committee on Banking Supervision* est assuré par la *Bank for International Settlements* et celui du Club de Paris (1956) par le ministère des Finances français. D'autres organisations globales ont des appareils supplémentaires à caractère régional déconcentré. D'autres encore se présentent sous forme de groupe. C'est le cas du *World Bank Group*, composé de pas moins de cinq institutions : la *International Bank for Reconstruction and Development* (Ibrd, 1945), l'*International Development Association*, la *Multilateral Investment Guarantee Agency* (Miga, 1988) Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI, 1988), l'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (Icsid, 1966).

Entre les organes des États existe une répartition stable des pouvoirs. En revanche, entre les organes des institutions globales, il y a tout au plus une distribution des fonctions. On trouve même des organes qui, avec la même composition, mais avec des dénominations différentes, exercent des tâches différentes ; c'est le cas du *General Council*, du *Dispute Settlement Body* et du *Trade Policy Review Body* de la *Wto*.

Distinguer entre participants et non participants, entre États et organisations privées (organisations gouvernementales et non gouvernementales, pour adopter la terminologie la plus courante) est malaisé. Au sein de l'*International Civil Defence Organization* (Icdo, 1972) se côtoient des membres affiliés et des membres associés sans droit de vote. Dans l'Iais, on trouve des observateurs comme les compagnies d'assurance, leurs associations, des professionnels et des consultants dans le secteur des assurances. Nombreuses sont les organisations gouvernementales qui acceptent comme membres des organisations non gouvernementales : UPU, ITU, Wmo, Ilo, Wipo, Icao. A l'exception de cette dernière organisation, par exemple, participent l'*International Air Transport Association*, l'*Airports Council*, l'*International Federation of Airline Pilot's Associations*, l'*International Council of Aircraft Owner and Pilot Associations*. Enfin, beaucoup d'organisations globales acceptent parmi leurs membres des unions d'États, principalement l'Union européenne : *Wto*, *Icdo*, *International Olive Oil*.

On peut dire qu'en s'éloignant de l'État, la ligne de démarcation entre public et privé devient floue.

L'ordre juridique global, du point de vue de l'organisation, ne répond donc pas à un seul modèle. C'est un exemple d'*ad hoc-cratie*, en ce sens qu'il s'adapte aux fonctions à exercer, secteur par secteur. Les fonctions, l'organisation, l'équilibre interne des pouvoirs, les rapports public-privé, varient selon les besoins.

5. Les processus décisionnels : la technique de l'action concertée

L'examen de l'organisation nous avait déjà permis de noter que l'administration globale ne se présente pas comme un niveau séparé du niveau national. L'étude des processus décisionnels confirme ce diagnostic : ils s'inspirent de la technique de l'action concertée, des conditionnements réciproques, de la composition et des compensations, de la progressivité¹⁸.

¹⁸ Il faut noter que selon le point de vue développé par Bentham, en son temps, le droit international et le droit national sont indépendants l'un de l'autre, et la question de savoir si une norme de droit international s'applique au droit national dépend de ce dernier.

Ce serait pourtant une erreur de croire que le réseau des pouvoirs globaux est entre les mains des États, les seuls qui comptent ; tout comme de penser que les décisions globales échappent aux États¹⁹. Entre systèmes globaux de régulation et régulateurs nationaux, il y a une zone grise, mixte. Elle sert de temps en temps, et quelquefois en même temps, aux États pour faire entendre leur voix dans le système global, et à ce dernier pour pénétrer dans les États et atteindre la société civile et le territoire, éléments qui sont absents dans les pouvoirs publics globaux. L'ordre juridique global est un ordre saprophyte qui ne pourrait pas vivre seul. Il est nécessairement lié à d'autres et les rend perméables mais, en même temps, les renforce. À la différence du droit international, dans le droit global les deux niveaux s'agrègent et s'intègrent.

La zone grise, où les systèmes de régulation globaux et internes sont appelés à collaborer dans un intérêt commun, encore que dans des buts différents, est formée de comités des organisations globales mais composés de représentants nationaux ; d'un réseau mixte des services global-national ; de l'exécution nationale des décisions globales.

Dans les systèmes globaux de régulation, se reproduit l'expérience propre aux États dans leur phase de formation, celle de la polysynodie²⁰. Les comités foisonnent : dans la plupart des cas ils sont consultatifs, et on y élabore les propositions de décisions.

Ceux-ci sont composés d'administrateurs publics ou d'experts, ou de représentants des intérêts nationaux. La division du travail est claire. Dans les organes placés au sommet des administrations universelles siègent des représentants des corps politiques nationaux. Dans les comités, comme il a été rappelé, ce sont des fonctionnaires publics, des experts et des représentants des intérêts nationaux. Il suffit pour s'en rendre compte d'examiner, à titre d'exemple, l'organisation de la Wmo, de la *Commission on Phytosanitary Measures*, de la Codex Alimentarius Commission ou de l'Iaias.

La polysynodie répond à une exigence de spécialisation mais assure principalement une fonction de communication avec les administrations et les sociétés civiles nationales. En effet, d'un côté au moyen des comités, les régulateurs globaux prolongent leur action au sein des États, écoutent les intérêts et recueillent des informations. De l'autre les États et les intérêts nationaux, par le biais des comités, font entendre leur voix au niveau global et maintiennent le contrôle des processus de décision globale. Les échanges conditionnements sont réciproques.

La technique de l'action conjointe est présente dans la communion de fonctions entre les services nationaux et les services des systèmes globaux de régulation. Comme dans le cas de la pêche au thon, dont nous sommes partis, où la Commission entretient des relations directes avec les États et les *fishing entities*, de même, dans bien d'autres cas, l'organisation globale a des rapports tant avec les États membres qu'avec leurs services nationaux. Ceux-ci sont désignés directement par l'organisation internationale, procèdent souvent sur instruction et lui répondent. Par exemple, l'Oie a des rapports directs avec les services spécialisés des différents pays (Article 2 des statuts).

¹⁹ Sur les différents rôles des organisations internationales, A. Caffarena, *Le organizzazioni internazionali* : Bologne, Il Mulino, 2001. pp. 36 et s.

²⁰ Au sujet de laquelle le premier écrit est celui de C.-I. de Saint-Pierre, *Discours sur la Polysynodie (1718)* trad. italienne in C.-I. de Saint-Pierre, *Scritti politici. Per la pace perpetua e sulla polisynodia*, Lecce, 1996 : les idées de Saint-Pierre sont ensuite discutées par Rousseau. La pluralité des conseils devait servir à entourer le roi de personnes compétentes, de manière à lui fournir conseils et connaissances. La polysynodie était opposée au pouvoir absolu, défini comme un « *vizirat* ». Il s'agit des premières formulations de la théorie de la bureaucratie entendue comme un corps stable composé d'experts.

L'*International Plant Protection Convention* (1951), en son article IV, ne prévoit pas seulement la constitution d'une organisation globale (le Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires). Elle prévoit que chaque partie contractante établit une organisation nationale pour la protection des plantes, correspondant à l'institution globale ²¹, indique les tâches que doit remplir cette organisation et prévoit qu'elle doit coopérer aux instances internationales. L'article VIII.1 de cette même convention prévoit que les États membres coopèrent entre eux pour établir, dans des zones appropriées, des organisations régionales (c'est-à-dire multinationales) pour la protection des plantes.

Les deux niveaux d'administration dépendent l'un de l'autre, en ce sens que les processus décisionnels commencent au sein de l'instance globale, par une instruction ou une décision, et finissent dans l'instance nationale, par une décision ou l'exécution de la décision globale. Dans le premier cas, la décision nationale dépend de l'instruction faite par l'organisation internationale. Dans le second cas, la décision prise par cette dernière dépend de l'exécution confiée aux services nationaux.

Un exemple du premier cas est celui qui est prévu et réglementé par le *Patent Cooperation Treaty*. Il prévoit qu'une demande peut être présentée à l'organisation internationale pour obtenir un brevet. Cette organisation assure une instruction préliminaire et transfère la procédure au service national indiqué par le requérant. Ce service assure une autre instruction et prend la décision ²².

Le deuxième type de processus décisionnel est beaucoup plus fréquent parce que les systèmes régulateurs globaux, vu leur développement limité, sont, à quelques exceptions près, privés d'appareils exécutifs. L'*enforcement* dépend donc des États membres.

Dans les deux cas, les fonctions administratives globales *encadrent* des fonctions administratives internes, en finissant par absorber une partie des tâches propres aux États.

Les systèmes globaux de régulation compensent leur faiblesse en contrôlant l'exécution des actes, soit que les actes des administrations globales soient *non-binding*, de sorte que la *compliance* en est volontaire ²³, soit que les actes sont contraignants mais dépendent, pour leur exécution, des services nationaux. Par exemple, la Wipo dispose d'un *Advisory Committee on Enforcement of Industrial Property Rights*, qui étudie les *best practices* et les procédures d'exécution. D'autres organisations ont recours à des vérifications de l'exécution, ou à l'assistance des services nationaux, ou permettent à des personnes privées d'attirer leur attention sur les manquements à l'exécution. De cette façon, les actes ne sont pas contraignants, alors que leurs procédures d'exécution le sont ²⁴.

Le mélange du global et du national est, dans ces derniers cas, particulièrement fort et complexe. Les administrations nationales qui ont collaboré collectivement à former la décision sont appelées à collaborer à nouveau, mais individuellement, pour en assurer l'exécution. L'intermédiation du niveau national est nécessaire. Le processus de décision est mixte, c'est pourquoi nous ne pouvons pas dire qu'il est exclusivement global ou national. Entre le droit global et le droit interne, il n'y a pas de séparation nette.

²¹ Cet article norme dispose que : « *each contracting party shall make provisions to the best of its ability for an official national plant protection organization with the main responsibilities set out in this Article* ».

²² *Patent Cooperation Treaty*, 19 juin 1970, art. 31 et s.

²³ C'est le cas de beaucoup de standards : V. S.-A. Shapiro, "International Trade Agreements, Regulatory Protection, and Public Accountability", in : *Global Administrative Law Symposium : Administrative Law Review*, 409, 2002, p. 438.

²⁴ F. Morgenstern, *Legal Problems of International Organizations*, Cambridge, 1986, pp. 125 et s.

La technique de l'action concertée provoque une porosité des ordres nationaux. Cette technique les désagrège en ce sens que disparaît le paradigme de l'État comme unité quand, par exemple, c'est le système global de régulation qui désigne le service national compétent pour maintenir des rapports directs avec lui. Il pénètre dans les ordres nationaux qui perdent leur imperméabilité ou leur exclusivité et qui sont tenus de coopérer avec le niveau supérieur. Il les contourne, en s'adressant directement aux citoyens, aux organisations et entreprises nationales qui deviennent les destinataires des décisions globales. Enfin, il facilite l'ouverture latérale des ordres nationaux qui deviennent communicants grâce aux accords d'équivalence. Ces accords rendent possibles les arbitrages entre les droits nationaux. La conclusion est l'incertitude de la frontière entre national et global ²⁵.

Même dans le sens opposé, du niveau national au niveau global, il y a un échange permanent, dans le sens où le second absorbe les principes communs aux ordres nationaux, agissant ainsi comme une éponge. Cette absorption produit une autre série de problèmes. Les modèles nationaux mis en circulation sont, en effet, ceux des pays dominants ou, en tout cas, ceux des États pourvus d'un droit administratif évolué. Mais ces modèles s'insèrent avec difficulté dans d'autres pays, comme le montre le principe des concours lancés pour l'adjudication des marchés publics, qui rencontre des difficultés là où on utilise les contrats publics à d'autres fins, comme les développements de certaines zones, en instaurant des régimes de faveur.

En conclusion, la porosité des ordres juridiques nationaux et l'effet d'éponge de l'ordre juridique global rendent possibles des conditionnements réciproques, de sorte que si, d'un côté, les États capturent les organisations globales, celles-ci, à leur tour, capturent les États ²⁶.

6. Global et national ne sont pas deux niveaux administratifs séparés

Nous avons parlé de zone grise, entre global et national, des organes et des procédures mixtes, des décisions conjointes, des ordres parasitaires. Tout ceci permet déjà de comprendre qu'entre global et national, il n'y a pas de ligne de séparation.

La distinction entre droit international et droit interne, dans ces cas, (mais seulement dans ces cas ?) ne compte pas. Tout comme apparaît la faiblesse de la très fréquente métaphore des niveaux selon laquelle les pouvoirs publics seraient répartis sur plusieurs niveaux, régional, national et global.

La continuité entre les deux ordres qui nous intéressent ici, c'est-à-dire l'ordre national et l'ordre global ²⁷, semble évidente si nous considérons les rapports entre citoyens et administrations globales. Le droit administratif global reconnaît aux citoyens deux droits fondamentaux, propres aux ordres administratifs internes, le droit de participation et le droit de la défense. Le premier consiste dans la possibilité d'intervenir au cours d'une procédure administrative globale ou mixte ; le second dans la

²⁵ S. Sassen, "The Participation of States and Citizens in Global Governance", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 10, hiver 2003, n° 1, p. 8.

²⁶ Sur l'*integrated decisionmaking*, J.-C. Dernbach, "Achieving Sustainable Development : The Centrality and Multiple Facets of Integrated Decisionmaking", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 10, 2003, p. 247-285, spec. p. 279.

²⁷ Mais il faudrait encore développer un ordre de considérations analogue pour les rapports entre le niveau régional et le niveau global.

faculté de s'adresser à une autorité juridictionnelle globale pour obtenir le réexamen de décisions nationales (ou de décisions globales).

Un exemple de participation à une procédure administrative individuelle (donc d'*adjudication*) est offert par le *Patent Cooperation Treaty* précité (art. 34). Celui-ci prévoit que, durant la *International Preliminary Examination*, le requérant a « *a right to communicate orally and in writing* » avec la *International Preliminary Examining Authority* qui devra, à son tour, lui envoyer une *written opinion*, à laquelle il peut répondre.

La participation à une procédure administrative qui intéresse plusieurs personnes, et donc de caractère général, est prévue pour les projets financés par l'Ibrd (la BIRD) et l'Ida. Sur la reconnaissance des *rights to participation and consultation* et à la demande des parties, un organe de réexamen partiellement indépendant peut être appelé à s'exprimer : le *World Bank Inspection Panel* ²⁸.

Dans l'ordre juridique global s'est développée une justice administrative proprement dite. Nous y reviendrons plus loin. Mais, il est intéressant ici de souligner la quantité et la variété des liens qui sont établis entre entreprises et citoyens, autorités juridictionnelles globales et administrations internes.

Devant l'Icsid, organisation globale ayant des pouvoirs de conciliation et d'arbitrage, peuvent être portés des conflits entre des entreprises d'un État et une autorité publique d'un autre État ²⁹.

Le *Nafta Binational Panel Review*, aux termes du Chapitre 19, article 1904 du traité peut, à la demande d'une entreprise privée d'un État, opérer le réexamen de la décision d'un organe administratif national (d'un autre État), sur la base du droit national de cet État ³⁰.

Devant le *Wipo Arbitration and Mediation Center* peuvent être portés des litiges qui concernent, d'un côté le demandeur et de l'autre le détenteur du même enregistrement de nom de domaine, dans le cadre d'un *country code top level domain* (ccTLD), comme par exemple, « .fr », ou « .ro ». La demande sera soumise à un *Dispute - Resolution Service Provider* approuvé par l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (Icann)* qui nommera un *Administrative Panel* pour trancher la question ; la procédure est fixée par les *Rules for Uniform Domain Name Resolution Policy*, , approuvées par l'Icann le 24 octobre 1999. La décision doit ensuite être exécutée par l'autorité d'enregistrement nationale, autorité qui, dans différents pays est de nature publique ³¹.

Le *Dispute Settlement Body* de la Wto assure lui aussi le réexamen des décisions administratives nationales : comme par exemple, quand il vérifie si un organe national a respecté l'obligation de motiver ses décisions (obligations d'exposer une *reasoned and adequate explanation*) ³².

²⁸ Ainsi dans la décision rendue, seulement à titre préliminaire, du *Report and Recommendation India : Mumbai Urban Transport Project* : Report n° 29361, 3 sept. 2004.

²⁹ Comme le dispose la *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States* de 1966. V. par exemple, *Decision on Jurisdiction*, 29 avr. 2004, n° ARB/02/18, Tojios Tokelès v. Ukraine.

³⁰ V. par exemple, *Certain Iodinated Contrast Media*, n° CDA-USA-2000-1904-02. - Sur le Chapitre 19, G.R. Winham, "Nafta Charter 19 and the Development of International Administrative Law-Applications in Antidumping and Competition Law", *Journal of World Trade*, 32, 1998, février, n° 1, p. 65-82.

³¹ V. par exemple Déc., 22 juill. 2003, Case n° DRO2003-0002, *Casio Keisanki Kabushki Kaisha, dha Casio Computer Co., Ltd v. Fulviu Mihai Fodoreanu*. Les décisions jusqu'ici adoptées par la Wipo sont publiées à l'adresse <http://arbiter.wipo.int/domains/index-cctld.html>.

³² C'est le cas examiné par le Wto Appellate Body, *United States :Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products AB-2003-3 Report of the Appellate Body*, 10 nov. 2003.

Ces cas sont exemplaires pour expliquer la continuité entre ordre administratif interne et ordre administratif global. Les sujets du premier s'adressent à des organes juridictionnels du second pour obtenir, par la voie contentieuse, un réexamen des conflits qui les opposent à des organes publics d'États différents de ceux auxquels ils appartiennent. Comme on l'a vu, cela ne se produit pas uniformément, selon des modèles fixes et conventionnels. En effet, quelquefois l'organe juridictionnel global décide selon le droit global, d'autres fois selon le droit interne. Parfois les conflits s'établissent directement entre une personne privée et l'organe public d'un autre ordre juridique interne, d'autres fois encore ils surgissent entre deux personnes privées mais concernent indirectement un organe administratif interne.

Comme nous l'avons observé, la quantité et la variété de ces liens croisés entre les deux niveaux montre qu'il y a entre eux une continuité et non pas une rupture.

7. La légalisation des réseaux administratifs globaux : vers une *rule of law* universelle ?

La globalisation économique, contrariée par les droits nationaux, produit elle-même des droits qui ne concernent pas seulement la sphère privée (par exemple en éliminant les barrières commerciales, le droit de vendre sur des marchés plus larges) mais aussi la sphère publique (par exemple, les normes sur les relations entre services nationaux et organisations globales et sur celles entre sujets des ordres nationaux et de l'ordre juridique global). On peut même dire que l'universalisation des droits est plus caractéristique de la globalisation que la libéralisation des marchés.

Jusqu'à il y a une vingtaine d'années l'on pouvait, à juste titre, remarquer l'inadéquation du droit relatif aux organisations internationales³³. Mais - comme nous l'avons observé - dans le dernier quart du siècle dernier, l'ordre juridique global a fait des pas de géant, c'est pourquoi le droit y joue un rôle déterminant.

L'ordre juridique global est pourtant régi par un système complexe de normes. Il y a des normes-accords et des normes unilatérales ; des normes imposées de l'extérieur et des normes développées au sein même des institutions³⁴ ; des normes globales et des normes nationales qui s'appliquent aux institutions globales (par exemple, celles du pays où est situé le siège de l'organisation), de la *hard* et de la *soft law*. Il n'est pas toujours vrai - comme on l'a noté - que l'organe producteur des normes est aussi celui qui leur donne un effet contraignant. Il n'y a pas de hiérarchie précise entre les normes. Enfin, elles ne sont pas appliquées uniformément : par exemple, le *Government Procurement Agreement* de la Wto prévoit l'accès au bénéfice d'organes infra-centraux à condition que d'autres fassent une offre égale. Les obligations ne s'appliquent donc pas uniformément.

Comme nous l'avons déjà remarqué, dans l'espace global, un corps de principes généraux communs s'affirme : le principe de légalité, le droit de participer à la formation des normes (*notice and com-*

³³ F. Morgenstein, *Legal Problems of International Organizations*, op. cit., p.136.

³⁴ Certaines d'entre elles sont destinées à l'extérieur, d'autres aux composantes de l'institution ; un exemple de ces dernières en est fourni par le *Code of professional ethics* de la *World Bank Group*, qui s'applique au personnel du groupe, constitué par des *managers, consultants and temporary employees*.

ment, reconnu par l'Oie), l'obligation de consultation (imposée par la *World Bank* aux administrations internes dans le cadre de la *Heavily Indebted Poor Countries Initiative*), le droit d'être entendu (*procedural participation* reconnu par la Faft et l'*Appellate Body* de la Wto), le droit d'accès aux documents administratifs, l'obligation de motivation des actes administratifs (l'obligation d'adopter une *reasoned decision* que fait respecter l'*Appellate Body* de la Wto), le droit d'obtenir des décisions prises sur la base de données scientifiques et contrôlables, le principe de proportionnalité ³⁵.

Le développement, même à un niveau global, des principes propres à la tradition des droits administratifs (participation, transparence, motivation, proportionnalité, bien-fondé) est au centre d'un paradoxe.

En effet, d'un côté, plus le poids de la société civile augmente, plus les rapports entre citoyens ou entreprises et organisations globales deviennent fréquents, et plus le besoin d'introduire et de respecter ces principes devient fort. D'un autre côté, leur diffusion met en évidence la différence avec la panoplie plus riche des droits reconnus par les ordres nationaux, différence accentuée par l'asymétrie des différentes traditions juridiques et administratives nationales ³⁶.

Le troisième aspect important de la pénétration du droit dans l'espace global concerne la protection juridictionnelle. La décision administrative globale fait naître la question de la la défense judiciaire à son encontre. Qui va en assurer le contrôle les juges nationaux ou par des juges spéciaux appartenant à l'ordre juridique global ? Dans ce second cas, le demandeur se voit-il reconnaître les mêmes droits que devant les tribunaux nationaux ? Et quel rapport doit s'établir entre les tribunaux nationaux et les tribunaux globaux, quand les décisions administratives globales ne sont pas exclusivement le produit d'institutions globales, mais proviennent de décisions alliant global et national ? Ici s'accumulent les graves problèmes de la justice administrative globale.

Jusqu'à présent, les réponses que l'ordre juridique global a apportées à ces interrogations sont très diverses. Tout d'abord, il y a des institutions globales dans lesquelles il n'y a pas besoin de mécanismes de résolution des litiges. On pense à l'Icdo et à la Wmo. Dans d'autres cas, ce sont les juges nationaux qui contrôlent les décisions des institutions globales ³⁷.

Pourtant, le phénomène le plus intéressant est constitué par l'augmentation du nombre des juges administratifs globaux. Ici, il ne faut pas s'arrêter sur les noms (on trouve souvent l'expression *panel*), mais plutôt noter qu'ils exercent des fonctions de justice contradictoirement, et qu'on exige d'eux des conditions d'indépendance. Nous pouvons énumérer beaucoup d'organes juridictionnelles, dont quelques-uns ont déjà été mentionnés : le *Dispute Settlement Body* de la Wto, l'*International Tribunal for the Law of the Sea*, les *Nafta Dispute Settlement Panels*, l'*International Center for the*

³⁵ Certains de ces principes s'appliquent directement aux citoyens, d'autres aux États membres, d'autres encore aux organisations internationales, souvent avec des contradictions, par exemple le fait que les juges globaux appliquent aux États les principes auxquels les organisations globales se soustraient : le principe de transparence est obligatoire pour les États membres de la Wto, mais pas pour la Wto elle-même.

³⁶ Le phénomène est général. V. G. Silverstein, « Globalization and the Rule of Law : « A Machine that runs of itself ? », *International Journal of Constitutional Law*, I, 2003, n° 3, juillet, p. 429-445. Mais il est particulièrement ressenti aux États-Unis où la discipline interne de la participation à la procédure administrative est plus développée, tant à la *rule-making* qu'à l'*adjudication*.

³⁷ B. Kingsbury, N. Krish, R. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, non publié, p. 20-21. - C. McCrudeen, S.-G. Gross, *WTO Rules on Government Procurement and National Administrative Law*, non publié, p. 8 et p. 31. - Sur le thème, en général, A. Reinisch, *International Organizations Before National Courts*, Cambridge, 2000.

Settlement of Investment Disputes (Icsid) le *Wipo's Arbitration and Mediation Center* le *World Bank Inspection Panel*, le *Subsidiary body on Dispute Settlement* de la *Commission on Phytosanitary Measures*. Mais divers autres organismes internationaux ont des mécanismes ou des procédures, éventuellement arbitrales, de résolution des litiges (par exemple, l'Upu)³⁸.

Les États ont accès à certains de ces organes de justice, les personnes privées à d'autres. Certains d'entre eux ont une compétence sur les décisions des administrations nationales (par exemple, le *Dispute Settlement Body* de la *Wto*), d'autres sur les décisions des administrations globales.

Ce qui est caractéristique de ces organes juridictionnels, c'est que d'une part ils règlent les conflits entre États (et donc connus du droit international) qui sont aussi des conflits transnationaux³⁹ qui intéressent donc le droit administratif ; d'autres part ils rendent des décisions dotées d'un système organisé de sanctions, bien que particulières, comme la *retaliation* (les représailles) et la *cross-retaliation* autorisées par les juges de la *Wto*⁴⁰.

En conclusion, le grand nombre de normes, le développement des principes et règles, l'affirmation des juges, permettent de dire que le système administratif global a un taux élevé d'institutionnalisation (ou de légalisation, comme préfèrent le dire les spécialistes américains). L'institutionnalisation est en relation directe avec l'extension de l'efficacité des décisions globales en direction des citoyens, des organisations et des entreprises nationales (pensons seulement aux *tradeable emission credits* dans le cadre du Protocole de Kyoto). En effet, plus l'action des organisations globales s'élargit et dépasse les États et les organisations publiques internes, et plus il devient important d'assurer le respect de la *rule of law*, du principe de participation, de l'obligation de motivation des décisions. Tout ceci a pour but d'assurer une protection des citoyens, des organisations et des entreprises, non seulement à l'égard des États et autres pouvoirs publics nationaux, mais aussi à l'égard des nouveaux pouvoirs publics globaux.

³⁸ La diffusion des tribunaux au niveau global nous intéresse ici seulement pour ceux qui opèrent dans le domaine du droit administratif, encore qu'il soit difficile de distinguer les tribunaux qui ont des compétences administratives de ceux qui ont des compétences en matière commerciale ou dans d'autres domaines. Sur la diffusion des tribunaux, il existe une littérature récente. A. Fischer-Lescano (« Die Emergenz der Globalverfassung », *Zeitschrift fuer Auslaendisches Oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, 63, 2003, p. 717-760) considère qu'au centre du système juridique global, il y a des *global remedies*. - Une analyse des tribunaux et de leur compétence dans A. Del Vecchio, *Giurisdizione internazionale e globalizzazione. I tribunali internazionali tra globalizzazione e frammentazione*, Milan, 2003. - Pour une étude de la « globalizzazione giudiziaria », V. Symposium *Globalization, Courts, and Judicial Power*, in : *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 11, hiver 2004, p. 57 et s. - R.-O. Keohane, A. Moravcsik, A.-M. Slaughter, « Legalized Dispute Resolution : Interstate and Transnational », *International Organization*, 54 été 2000, n° 3, p. 457-488. - A.-M. Slaughter, « Judicial Globalization », *Virginia Journal of International Law*, 40, 2000, n° 4, été, p. 1103-1124 et le volume suivant *A New World Order*, Princeton, 2004 ; A. Stone-Sweet, « Judicialization and the Construction of Governance », *Comparative Political Studies*, 32, avril 1999, n° 2, p. 147-184, mais surtout p. 164 et s., et *Islands of Transnational Governance*, non publié. - Sur le mécanisme des résolutions de litiges de l'OMC, G. Della Cananea, *Il diritto amministrativo e le sue corti*, non publié ; C.-D. Ehlermann, *Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the WTO*, EUI, Schuman Centre Policy Papers, n° 02/9. - M. Melloni, « L'intesa sulla soluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio : problemi emersi nei primi otto anni di attività e prospettive di soluzione », *Il diritto dell'economia*, 2003, n° 2-3, p. 427-458. - Sur le CIRDI, S. Flogaitis, *Administrative Law of International Organizations : the World Bank : Essays in Honour of G.I. Kassimatis*, Bruxelles, extrait sans date, p. 604.

³⁹ C'est-à-dire relatifs aux rapports qui traversent les frontières nationales et dont l'un des sujets au moins n'est pas une entité nationale ou publique.

⁴⁰ Sur ce système compensatoire consistant dans le pouvoir de suspendre des obligations internationales, V. *WTO, The Future of the WTO-Addressing institutional challenges in the new millennium*, WTO, Lausanne, 2004, p. 53 et s.

8. Une administration sans base constitutionnelle

Le droit administratif se déplace, donc, en dehors de sa sphère naturelle, celle de l'État, dans un espace où on lui refusait droit de cité. Il se développe rapidement, en perdant son caractère embryonnaire initial et en acquérant aussitôt un aspect particulier, qui le différencie du droit administratif de l'État. Mais dans l'ordre juridique global, contrairement à ce qui se produit dans l'ordre interne, le droit administratif n'a pas de base constitutionnelle.

La charpente constitutionnelle qui soutient le droit administratif interne manque à l'espace global. Ici, il n'y a pas un gouvernement ou une autre institution supérieure, mais un ensemble de sous-gouvernements de secteur. Il y a toutefois, les marques d'un processus de constitutionnalisation du droit international⁴¹ : reconnaissance de droits humains, réglementation des sources du droit, affirmation d'une autorité punitive et d'une discipline pénale. Mais ceux-ci sont encore rudimentaires et, quoi qu'il en soit, moins développés que les principes et les règles du droit administratif national. C'est pourquoi on a parlé d'une « *private law framework of public institutions* »⁴².

À l'absence d'une base constitutionnelle de l'administration et du droit administratif globaux s'ajoute le problème tant controversé de leur *accountability*⁴³. Il manque à celle-ci le terme intermédiaire, entre organe représentatif et services exécutifs, qui est justement le gouvernement.

De manière plus générale, le raisonnement courant est le suivant : l'État est le siège de la démocratie, si l'on échappe à l'État, la démocratie est érodée et une technocratie globale se développe, capable seulement de dialoguer avec les bureaucraties nationales⁴⁴.

Mais l'absence du sommet de l'exécutif, responsable devant un organe représentatif, produit une pression croissante sur le droit administratif global, dans le sens de l'ouverture, de la participation, de la transparence. Celles-ci peuvent suppléer au *déficit* de légitimation démocratique qui découle de l'absence d'une base constitutionnelle du droit administratif global. Si la légitimation ne vient pas « d'en haut », elle peut au moins en partie y remédier par l'augmentation des garanties « vers le bas ».

Cette nécessité accentue pourtant le problème déjà signalé de l'asymétrie entre participation des personnes privées aux décisions administratives générales et individuelles nationales et globales, qui est particulièrement ressentie dans les pays où l'administration accorde une grande place aux

⁴¹ V. à ce propos D.-Z. Cass, « The Constitutionalization » of International Trade Law : Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade », *EJIL*, 2001, vol. 12, n° 1, p. 39-75 et B.-O. Bryde, « Konstitutionalisierung des Voelkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts », *Der Staat*, 42, 2003, n° 1, p. 61-75.

⁴² C. Moellers, *Transnational Governance*, op. cit., p. 327. - V. aussi, P.-G. Cerny, *Globalization*, op. cit., p. 618. Moellers ajoute que « *the self-emergent private law constitutionalisation creates its own public law supplement* » (p. 334).

⁴³ Ce problème se fonde sur quelques ambiguïtés. La première consiste à penser que la démocratie est l'unique forme de légitimation du pouvoir (le droit est une autre forme de légitimation). La seconde consiste à avancer que la démocratie dans les institutions globales doit prendre les mêmes formes que dans les droits nationaux (mais faut-il adapter les institutions globales à la démocratie des États ou, au contraire, la démocratie aux institutions globales ?).

⁴⁴ Sur ces aspects, V. M. Shapiro, « *Deliberative* », « *Independent* » *Technocracy v. Democratic Politics : Will the Globe Echo the E.U. ?* et R.-W. Grant, R.-O. Keohane, *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, deux exposés au *Seminar at New York University Law School, organized by the Research Project on Global Governance and Administrative Law* (2004).

personnes privées (par exemple, aux États-Unis d'Amérique, où a été affirmé l'*interest representation model*). Le déplacement du niveau de décision, du niveau national au niveau global, prive les citoyens et les entreprises de ces droits de participation ; d'où la demande de participer à la formation de la position nationale, en vue des négociations administratives globales, ou de participer à ces dernières, directement ou par le biais d'organisations non gouvernementales de niveau supérieur, elles aussi globales ⁴⁵.

9. Pour aller plus loin

53. - Bibliographie

Sur l'organisation administrative globale, on peut consulter les revues suivantes :

- International Organization, *Global Governance : Indiana Journal of Global Law, International Organization Review*.

Sur la globalisation en général :

- S. D. Krasner, "Globalizzazione, potere e autorità", *Quaderni di scienza politica*, n° 2, août 2003, p. 201-230.

- W. Streeck, "In Search of Niches in a Global Society", *Max Planck Research*, n° 4, 2004, p. 15-19.

- House of Lords, Session 2002-03 1st Report, Select Committee on Economic Affairs : *Globalization*, 18 novembre 2002.

- *World Public Sector Report, Globalization and the State 2001*, United Nations, Dept. of Economic and Social Affairs, New York, 2001.

Sur la global governance :

- F. Bonaglia, J. Braga de Macedo, M. Bussolo, *How Globalization Improves Governance*, Centre for Economic Policy Research, International Trade and Public Policy Discussion Paper Series n° 2992, octobre 2001.

- P.-F. Diehl (ed.) *The Politics of Global Governance II*, Boulder, Londres, Lynne Rienner Publishers, 2001.

- R.-O. Keohane, "Governance in a Partially Globalized World Presidential Address", American Political Science Association, 2000, *American Political Science Review*, vol. 95, n° 1, mars 2001, p. 1-13.

⁴⁵ Les différentes alternatives sont discutées par S.-A. Shapiro, *International Trade Agreements, op. cit., p. 449*. Les formes de participation - on l'a vu - sont différentes. Certaines sont organiques : des sujets n'appartenant pas à l'organisation sont admis dans les organes avec le statut d'observateur (par exemple, dans la Commission du *Codex alimentarius*). D'autres sont procédurales, en ce sens que des sujets étrangers à l'organisation sont informés des décisions qui les concernent et il leur est permis de présenter des observations (par exemple, la FAO informe les *Non-Cooperative Countries and Territories* des évaluations qui les concernent et les autorise à présenter des observations. La question du dialogue *with the civil society* est de plus en plus importante : V. le rapport de la *Wto, The future of the WTO*, op. cit., p. 41 et s., et l'analyse générale de F. Bignami, *Civil Society and Global Governance : The Case for Corporatist Democracy*, non publié.

- L.-L. Martin, B.-A. Simmons (eds.) "International Institutions - An International Organization Reader", Cambridge, Massachusetts, *The MIT Press* 2001 ; *New Directions in Global Economic Governance*, J.-J. Kirton-G.M. von Furstenberg (ed.), Aldershot, 2001 ; *Global Governance : Critical Perspectives*, R. Wilkinson-S. Hughes (éd.), Londres, 2002.

- J.-A. Scholte, "Civil Society and Democracy in Global Governance", *Global Governance*, vol. 8, n° 3, juillet-septembre 2002, p. 281-304.

Sur les réseaux globaux :

- D. Lelo, "Amministrazioni a rete e reti di amministrazioni : nuovi paradigmi della global governance", *Amministrare*, n° 3, décembre 2003, p. 373-403.

- A.-M. Slaughter, "Governing the Global Economy through Government Networks", in : *The Role of Law in International Politics - Essays in International Relations and International Law*, M. Byers (éd.), Oxford, 2000, p. 177-205.

Sur le problème de la globalisation et de la démocratie :

- A.-C. Aman Jr., "Globalization, Democracy and the Furtherance of a Global Public Interest", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 6, printemps 1999, p. 397 ; "Globalization and Democracy", in : *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, R. Munck-B.K. Gills (éd.), mai 2002.

- A. von Bogdandy, "Demokratie, „Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts - eine Bestandsaufnahme", *ZaöRV*, n° 63, 2003, p. 853-877.

- S. Charnovitz, "Symposium : Globalization and Governance : the Prospects for Democracy : Part I : Transnational and Supranational Democracy : The Emergence of Democratic Participation in Global Governance : *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 10, winter 2003, p. 45.

- J. Delbrück, "Exercising Public Authority beyond the State : Transnational Democracy and /or Alternative Legitimation Strategies ? : *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 10, winter 2003, p. 29-43 ; "Transnational Federalism : Problems and Prospects of Allocating Public Authority beyond the State : *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 11, winter 2004, p. 31.

- S. Sassen, "Symposium : Globalization and Governance : the Prospects for Democracy : Part I : Transnational and Supranational Democracy : The participation of States and Citizens in Global Governance : *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 10 winter 2003, p. 5.

- G. Shaffer, "Parliamentary Oversight of WTO Rule-Making : the Political, Normative, and Practical Contexts : *Journal of International Economic Law*, vol. 7, n° 3, 2004, p. 629-654.

Sur le droit global :

- J.-B. Auby, "Globalisation et droit public : *Liber amicorum Jean Waline, Gouverner, administrer, juger, Paris 2001* ; "La globalisation, le droit et l'État", *Paris 2003*.

- A. Bortoluzzi, "Globalizzazione e diritto : c'è ancora spazio per la legge ? : *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n° 30, t. II, 2001, p. 669-688.

- M. Delmas-Marty, "Global Law - A Triple Challenge : *Transnational Publishers*, 2003, tr. ed. française, *Trois défis pour un droit mondial, Paris, 1998*.

- F. Galgano, "I caratteri della giuridicità nell'era della globalizzazione : *Soc.dir.*, n° 1, 2003, p. 7-17.

- J. Goldstein, M. Kahler, R.-O. Keohane, A.-M. Slaughter, Introduction. Legalization and World Politics : *International Organization*, 54, 3, summer 2000, p. 385-399.
- R.-K. Herrmann, V.-P. Shannon, Defending International Norms : the Role of Obligation, Material Interest, and Perception in Decision Making : *International Organization*, 55, 3, summer 2001, p. 621-654 et p. 385-399.
- M. Shapiro, The Globalization of Law : *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol.1, Fall 1993 ; Global Law without a State : ed. by G. Teubner, Aldershot, 1997.
- P.-R. Trimble, International Trade and the « Rule of Law » : *Michigan Law Review*, n° 83, 1984-1985, p. 1016-1032.

Sur les relations internationales :

- M. Cusimano Love, Beyond Sovereignty-Issues for a Global Agenda : *Toronto*, 2003.
- K.-J. Holsti, Taming the Sovereigns. Institutional Change in International Politics : *Cambridge*, 2004.
- A. Le Roy Bennet, J.-K. Olivier, International Organizations- Principles and Issues : *Upper Saddle River, NJ*, 2002.
- M. Shaw, Theory of the Global State - Globality as an Unfinished Revolution : *Cambridge*, 2000 ; Non-State actors in International Relations : ed. by B. Arts, M. Noortmann, B. Reinalda, Aldershot, 2001 ; Handbook of International Relations : ed. by W. Carlsnaes, T. Risse et B.-A. Simmons, *London*, 2002.

Sur les régimes internationaux :

- International Regimes : S.-D. Krasner (ed.) , *Ithaque*, 1983 (3ème ed. 1995).

Pour des listes et de brèves présentations des organisations internationales :

- G. Schiavone, International Organizations : a Dictionary and Directory : *New York*, 1993.
- M.-G. Schechter, Historical Dictionary of International Organizations : *Lanham*, 1998.
- H.-A Schraepler, Directory of International Organizations : *Washington D.C.*, 1996.

Sur les organisations internationales et leur droit (droit international institutionnel) :

- C.-F. Amerasinghe, Principless of the Institutional Law of International Organizations : *Cambridge*, 1996 ; International Encyclopedia of Laws, Intergovernmental Organizations : *La Haye*, 2001.
- C. Archer, International Organizations : *London*, 2001.
- W.-J. Feld, R.-S. Jordan, L. Hurwitz, International Organizations a Comparative Approach : *Westport, (Ct.)*, 1994.
- H.-K. Jacobson, Networks of Interdependence : International Organizations and the Global Political System : *New York*, 1984.
- F. Kratochwill, J.-G. Ruggie, International Organization : A State of the Art or an Art of the State : *International Organization*, vol. 40, n° 4, automne 1986, pp. 753-775.

- J.-M. Rochester, The Rise and Fall of International Organization as a Field of Study : *International Organization*, col. Vol, 40, n° 4, automne 1986, pp. 777-813 ; A Handbook on International Organizations : *ed. by R.-J Dupuy, Dordrecht, 1988.*

- T. Sato, Evolving Constitutions of International Organizations : a Critical Analysis of the Interpretative Framework of the Constituent Instruments of International Organizations : *The Hague, 1996* ; Introduction to International Organizations : *ed. by L. Louis-Jacques, J.-S. Korman, Dobbs Ferry, N.Y., 1996.*

- M.-P. Sharf, The Law of International Organizations, Problems and Materials : *Durham, N.C., 2001.*

- H.-G. Shermers, N.-M. Blokker, International Institutional Law : Unity within Diversity : *Boston, 2003.*

Sur le droit administratif global :

- S. Battini, Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale : *Milano, 2003* et l'essai *Organizzazioni internazionali e soggetti privati : verso un diritto amministrativo globale ? : Rivista trimestrale di diritto pubblico, n° 2, 2005.*

- C.-H. Koch Jr., Global Administrative Law Symposium-Introduction : Globalization of Administrative and Regulatory Practice : *Administrative Law Review, n° 54, 2002, pp. 409-414* ; V. aussi les autres contributions au *Symposium*, dans le même dossier.

- M. Shapiro, Symposium : Globalization, Accountability, and the Future of Administrative Law : administrative Law Unbounded : Reflections on Government and Governance : *Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 8, n° 369, printemps 2001, p. 369.*

Sur la globalisation de la régulation financière :

- B.-A. Simmons, The International Politics of Harmonization : The Case of Capital Market Regulation : *International Organization, 55, 3, été 2001, pp. 589-620.*

- R.-D. Germain, Global Financial Governance and the Problem of Inclusion : *Global Governance, 7, 2001, pp. 411-426.*

- L.-W. Pauly, What New Architecture ? International Financial Institutions and Global Economic Order : *Global Governance, 7, 2001, pp. 469-484.*

- M. Hanson, The Global Promotion of Transparency in Emerging Markets : *Global Governance, 9, 2003, p. 63-79.*

- D.-A. Singer, Capital Rules : the Domestic Politics of International Regulatory Harmonization : *International Organization, 58, summer 2004, p. 531-565.*

Sur la globalisation de la réglementation des contrats de l'Administration et des problèmes soulevés par celle-ci :

- J.-B. Auby, L'internationalisation du droit des contrats publics : *Dr. adm. 2003, chron. 14.*

- C. Mc-Crudden, S.-G. Gross, WTO Rules on Government Procurement and National Administrative Law, draft for the Workshop on Towards a Global Administrative Law ? Legality, Accountability, and Participation in Global Governance : *Oxford, 29-30 octobre 2004, pp. 10-16.*

