



Les sources du droit administratif global

Raphaël Maurel

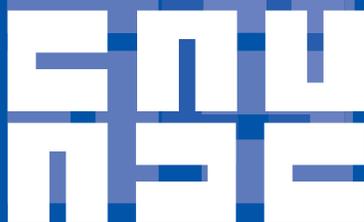
Préface de Franck Latty

Postface de Charles-André Dubreuil

Prix de thèse du Collectif L'Unité du Droit

Année 2021

Volume 56



EQU
NSE

Université de Bourgogne – Franche-Comté - Travaux du Centre de
recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux



LexisNexis

Les sources du droit administratif global

Raphaël Maurel

Préface de Franck Latty

Postface de Charles-André Dubreuil

Prix de thèse du Collectif L'Unité du Droit

Ouvrage publié avec le soutien du Centre
Michel de L'Hospital EA 4232 - Université Clermont Auvergne

Université de Bourgogne - Franche-Comté - Travaux du Centre de
recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux

SOMMAIRE

Remerciements	11
Sommaire	13
Abréviations, sigles et acronymes	15
Préface	19
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	23
PREMIÈRE PARTIE	
L'IDENTIFICATION DES SOURCES FORMELLES DU DROIT	
ADMINISTRATIF GLOBAL	103
TITRE PREMIER – LES SOURCES UNILATÉRALES DU DROIT	
ADMINISTRATIF GLOBAL	111
Chapitre 1 – Les sources unilatérales internes du droit administratif global	115
Chapitre 2 – Les sources unilatérales externes du droit administratif global	179
TITRE DEUXIÈME – LES SOURCES PLURILATÉRALES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL	255
Chapitre 1 – Les sources plurilatérales écrites du droit administratif global	259
Chapitre 2 – Les sources plurilatérales non écrites du droit administratif global	323
DEUXIÈME PARTIE	
L'ANALYSE SYSTÉMIQUE DES SOURCES DU DROIT	
ADMINISTRATIF GLOBAL	379
TITRE PREMIER – LES FONCTIONS DES SOURCES FORMELLES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL	383
Chapitre 1 – La réponse à un besoin social en considération du principe d'apparence.....	387
Chapitre 2 – La légitimation par l'emprunt aux droits administratifs	445
TITRE DEUXIÈME – LES EFFETS DES SOURCES FORMELLES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL	499
Chapitre 1 – La capacité des sources formelles à générer des normes obligatoires	503
Chapitre 2 – La capacité des sources formelles à générer des normes effectives.....	569
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	631
LISTE DES CODES DE CONDUITE CITÉS	635
SOURCES ET RÉFÉRENCES	647
INDEX THÉMATIQUE.....	723
TABLE DES MATIÈRES	729
Postface.....	743

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. **Sujet de la recherche.** Tenter d'élaborer une théorie des sources du droit administratif global peut surprendre. L'expression « droit administratif global », sorte de fusion terminologique entre un droit administratif indéfini dont on emprunte certains éléments et un droit international dont on postule l'insuffisance jusque dans le lexique employé, semble en effet renvoyer à tout et à rien en même temps. Complexifié par une mention des « sources » en apparence contradictoire, puisque les concepteurs de l'expression invoquée en prônent soit l'abandon, soit une refondation complète, le sujet d'étude paraît *prima facie* d'un faible intérêt, voire d'une existence douteuse. Pourtant, depuis 2005, la doctrine convaincue de la pertinence de cette terminologie n'a cessé d'identifier, sous ce vocable, le développement d'innombrables normes : transparence au sein des organisations internationales ; ouverture, au sein d'entités variées, de recours ouverts aux individus ou de consultations publiques avant l'adoption d'une décision technique ou environnementale ; ou encore mesures de publicité en matière de prise de décisions ayant un impact à l'échelle mondiale. Dès lors que ces normes semblent exister objectivement, elles ont nécessairement été formées d'une manière ou d'une autre ; l'idée de « sources du droit administratif global » n'apparaît donc, en seconde lecture, pas iconoclaste. Pourtant, à l'aube de cette recherche, il faut admettre qu'« on ne sait pas ce que c'est » que les « sources du droit administratif global », pour emprunter la formule de Gustave Flaubert pour définir le « droit » dans son *Dictionnaire des idées reçues*¹¹.

2. **Émergence du Global administrative law.** La définition livrée par le célèbre prosateur siérait pour l'instant parfaitement au « droit administratif global » ou *Global administrative law* (ci-après : le « GAL »)¹², si l'on en croit l'état actuel de la doctrine française. Cette « science un peu bizarre [...] en train de s'installer dans notre paysage »¹³ est avant tout un projet de recherche et un

¹¹ FLAUBERT Gustave, *Dictionnaire des idées reçues*, Paris, Éditions du Boucher, 2002 (réédition de l'édition originale : *Le Dictionnaire des Idées reçues. Texte établi d'après le manuscrit original*, Paris, Conard, 1913, 95 p.), p. 27 : « Droit (Le). On ne sait pas ce que c'est ».

¹² Dans le cadre de cette étude, les expressions « droit administratif global » et « *Global administrative law* » (ou « GAL ») ne sont pas synonymes, la deuxième renvoyant uniquement au projet doctrinal afférent. Ce choix sera justifié *infra*, §33.

¹³ AUBY Jean-Bernard, « La théorie du droit administratif global : Brève présentation critique », 2007, Chaire Mutations de l'Action Publique et du Droit public, consultable en ligne à l'adresse : <http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/jba.pdf> (dernière consultation le 15 octobre 2019). D'autres auteurs

« programme intellectuel »¹⁴ initié en 2005 par la *New York University* et notamment les chercheurs B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart¹⁵. « Hypothèse scientifique »¹⁶ récente, le *GAL* a notamment été relayé en Europe par Sabino Casse¹⁷, dont le propos peut être ainsi résumé :

« [i]l existe, au sein des appareils caractéristiques de la globalisation, des organes et institutions qui présentent un caractère administratif par leur physionomie et par les fonctions qui sont les leurs. [...]. Ces organes et institutions présentent diverses caractéristiques originales, parmi lesquelles certaines intéressent tout particulièrement le droit administratif. Les administrations nationales sont en général représentées en leur sein, dans des comités réunissant des fonctionnaires nationaux. Des mécanismes de recours y sont souvent prévus, qui évoquent largement les recours administratifs ou juridictionnels des droits administratifs nationaux, et posent le même genre de problèmes qu'eux »¹⁸.

D'autres propositions ont depuis été avancées, comme celle consistant à définir cette construction doctrinale comme un « outil conceptuel permettant d'observer la gouvernance d'institutions globales exerçant une fonction administrative »¹⁹, tout en sachant que « du statut d'outil conceptuel, le droit administratif global candidate à celui d'une véritable discipline juridique »²⁰. Aucune définition ne permet donc, à ce jour, d'exposer clairement cet objet

reprennent d'ailleurs cette expression ; voir DUBIN Laurence, « Chronique de droit administratif global de 2007-2008 », *DA*, n°11, novembre 2008, p. 6.

¹⁴ AUBY Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*, 2ème éd., Paris, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2010, p. 243.

¹⁵ KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, n°3-4, pp. 15-61.

¹⁶ DUBIN Laurence, « Chronique de droit administratif global de 2007-2008 », *op. cit.*, note 3, p. 6.

¹⁷ CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit administratif / Administrative law, 2011, 235 p. Cet ouvrage, traduit de l'italien et préfacé par Philippe COSSALTER, réunit huit articles publiés entre 2005 et 2006. Voir notamment « Le droit administratif global : une introduction », pp. 79-108, dont une première version avait été publiée en 2007 dans la revue *Droit administratif*.

¹⁸ AUBY Jean-Bernard, « Vous avez dit : droit administratif global ? », *DA*, n°5, mai 2007, p. 5. Voir également, pour l'exposé des deux observations relatives à la gouvernance globale fondant le projet de recherche, ANTHONY Gordon, AUBY Jean-Bernard, MORISON John, ZWART Tom, « Values in Global Administrative Law : Introduction to the Collection », in ANTHONY Gordon, AUBY Jean-Bernard, MORISON John, ZWART Tom (dir.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2011, p. 4.

¹⁹ BODEAU-LIVINEC Pierre, DUBIN Laurence, « Chronique de droit administratif global de 2009-2010 », *DA*, n°2, février 2012, p. 24.

²⁰ *Idem*.

juridique²¹, la doctrine s'en souciant en réalité peu. En effet, l'activité doctrinale des auteurs du GAL²² de la dernière décennie ne s'est pas attachée à cette question. Les publications d'ampleur des auteurs du GAL²³ ont ainsi pour beaucoup consisté à compiler des exemples de manifestations de ce droit. Ces travaux présentent ensuite, par analogie, des directions que devraient prendre des organes et institutions pour améliorer leur transparence, leurs procédures de participation, leur responsabilité, favoriser l'ouverture de voies de recours, etc.²⁴ :

²¹ L'expression d'« objet juridique » est ici choisie pour sa neutralité, sans altérer son lien direct avec la matière juridique. Nous partageons ici la définition de Michel Troper selon lequel un objet juridique – en l'espèce, la famille – est « un objet construit ou constitué par le droit » (voir TROPER Michel, Intervention lors du séminaire du Haut conseil de la population et de la famille « Du politique et du social dans l'avenir de la famille » tenu à Paris les 6 et 7 février 1990, Paris, La Documentation française, 1992, p. 179, cité par PROST Mario, *Unitas Multiplex. Unités et fragmentations en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 27, note 90). Dans la double mesure où il est à ce stade trop tôt pour évoquer un phénomène, une notion ou un concept juridique, mais que la recherche porte sur l'émergence de normes de type juridique, le terme d'objet juridique semble, dans l'immédiat, le plus approprié. Il est d'ailleurs fréquemment utilisé par la doctrine pour qualifier des situations, abstractions ou biens dont ni la définition ni le régime juridique ne sont clairs. Voir par exemple : ROUSSILLE Myriam, « Le Bitcoin : objet juridique non identifié », *Banque & Droit*, n°159, janvier-février 2015, pp. 27-31 ; ou, à propos de l'adage en droit administratif, TUOT Thierry, « L'adage dans la jurisprudence : norme ou outil ? », *RFDA*, 2014, spéc. p. 11. Sur les interactions parfois complexes entre les notions de « concepts de droit » (international, en l'espèce), « être juridique » et « objet juridique », voir SUR Serge, « La créativité du droit international », *RCADI*, vol. 363, 2013, p. 82.

²² Les expressions « auteurs du GAL » ou « doctrine du GAL » désignent, dans cette étude, la doctrine travaillant sur le projet de « *Global administrative law* » et s'inscrivant dans l'une des écoles du GAL (de Manhattan ou italienne), au premier rang desquels ses concepteurs (voir *supra*, note 15). Sur ces écoles, voir FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 26-27.

²³ Voir cependant l'étude d'ampleur d'Édouard Fromageau *ibid.* et les références citées *supra* notes 13, 16, 19 ou encore *infra* notes 31, 57 ou 220 ; mais les auteurs de ces publications ne s'inscrivent pas tous dans le « courant de pensée » du GAL et en sont fréquemment des commentateurs – souvent critiques.

²⁴ Voir en particulier l'impressionnant *GAL Casebook* : CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, CAVALIERI Eleonora, MC DONALD Euan (dir.) with the collaboration of MACCHIA Marco and SAVINO Mario, *Global Administrative Law : The Casebook*, Third Edition, Rome-Edimburgh-New York, IRPA/IILJ, 2012, 8 volumes (pour un total d'environ 1500 pages), faisant suite à une édition plus modeste (CASSESE Sabino, CAROTTI Bruno, CASINI Lorenzo, MACCIA Marco, MC DONALD EUAN, SAVINO Mario (dir.), *Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues*, Second Edition, Rome/New York, IRPA/IILJ, 2008, 246 p.). Pour nuancer, il faut mentionner que plusieurs contributions analysent naturellement les perspectives que la matière ouvre ; voir par exemple BARAK-EREZ Daphne, PEREZ Oren, « Whose Administrative Law is it Anyway? How Global Norms Reshape the Administrative State », *CILJ*, vol. 46, n°3, 2013, pp. 455-497, ou encore DANN Philipp, ENGELHARDT Marie V., « The Global Administrative Order Through a

« [l]e GAL se donne pour but d'analyser un ensemble de mécanismes, règles et procédés comparables aux droits administratifs nationaux utilisés pour promouvoir la transparence, une participation accrue et la mise en place de mécanismes de responsabilisation (ou *Accountability*), au sein d'une structure hybride (le *Global Administrative Space*), composée aussi bien d'organisations internationales que d'acteurs non étatiques »²⁵.

Les publications majeures systématisent pour ce faire une méthodologie en quatre temps : la doctrine du *GAL* part du constat de (1) l'existence dans le champ non étatique²⁶ d'une situation objective (le terrorisme ; internet ; la dégradation de l'environnement ; la corruption ; *etc.*) dont (2) la gestion, la lutte contre ou la réponse est maîtrisée par une entité quelconque ou plusieurs d'entre elles agissant individuellement ou de concert (l'État ; un réseau informel d'organes publics ; une société privée ; une organisation internationale ; *etc.*). Cette entité prend, dans le cadre de ses fonctions, (3) des décisions ayant un impact dans plusieurs ordres juridiques (une réponse sous forme de sanctions directement applicables dans les ordres juridiques étatiques et parfois interétatiques ; une distribution transnationale de noms de domaines internet ayant *de facto* un impact sur chaque individu ; *etc.*). Ces décisions (4) répondent, doivent répondre ou devraient répondre, selon le postulat théorique et méthodologique choisi²⁷, à un impératif de légitimité qui s'épanouit sous la

German Lens: Perception and Influence of Legal Structures of Global Governance in Germany », *GLJ*, vol. 12, n°7, 2011, pp. 1371-1388.

²⁵ FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 22, p. 1.

²⁶ Les auteurs du *GAL* sont peu friands de l'expression « supra-étatique » ; pour eux, il ne faut pas raisonner en termes hiérarchiques et uniquement verticaux, mais de manière globale. Ainsi, « while the usual picture of global governance focuses on vertical links – global versus national – the reality of global governance is made up of many horizontal relations, among international agencies and between national governments and agencies » (CASSESE Sabino, *The global polity. Global dimensions of democracy and the rule of law*, Seville, Global Law Press, 2012, p. 35). L'État n'est en ce sens qu'un acteur comme les autres de la gouvernance globale, au même titre qu'une organisation internationale ou un comité d'experts. La base du droit administratif global laisse toutefois penser que ne sont pas inclus dans le projet les milliers de phénomènes administratifs gérés par l'État sous sa juridiction et déjà analysés sous l'angle des droits administratifs nationaux. Ainsi le terme « non-national » semble-t-il le plus proche de la pensée des fondateurs du *GAL*, incluant à la fois les phénomènes supra-nationaux et les situations se situant à l'échelle infra-nationale, comme les échanges entre administrations spécialisées.

²⁷ Il est possible de distinguer les énoncés scientifiques, et par extension la doctrine, en fonction de leur vocation : « [u]ne étude à vocation normative (ou évaluative) consiste à évaluer son objet par rapport à des normes. Il s'agit donc de se prononcer par rapport à ce qui devrait être. Au contraire, une étude à vocation constatative (ou explicative, ou encore descriptive) vise à exposer, comprendre ou expliquer ce qui est, sans chercher à déterminer ce qui devrait être. Dans le premier cas, on juge et on prescrit ;

forme de normes juridiques. Ce sont l'émergence et le développement de ces normes²⁸, quel que soit leur auteur, que la doctrine du *GAL* prétend étudier et, dans sa dimension de *lex ferenda*, promouvoir : le projet constitue en effet un discours prescriptif assumé²⁹ – à tel point que l'on parle couramment de « promoteurs du *GAL* »³⁰.

3. Déclin du Global administrative law. L'effervescence doctrinale durant une décennie environ témoigne de l'importance du projet et de l'intérêt qu'il a suscité, notamment outre-Atlantique. Ce constat, non démenti en France par la publication fin 2012 d'un ouvrage collectif lui étant intégralement consacré³¹ puis d'une thèse de doctorat francophone³², doit toutefois être nuancé par celui d'un foisonnement scientifique en net déclin³³, sans doute faute d'approche de droit positif du sujet et de définition satisfaisante du *GAL* après

dans le second, on établit et on décrit » (CORTEN Olivier, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 34). Nombre d'écrits relatifs au droit administratif global ont une vocation prescriptive, que ne partage pas la présente étude.

²⁸ La notion de « norme » sera préférée à celle de « règle », en ce qu'elle est plus large et souple ; voir sur ce point DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, 2^{ème} ed., Paris, LGDJ, 2013, pp. 17-18. Les deux termes ne sont pas considérés comme synonymes, toutes les normes de droit administratif global n'étant pas « obligatoires » (voir *infra*, Deuxième Partie, Titre Deuxième, Chapitre 1).

²⁹ Ainsi, « Benedict Kingsbury considère le *GAL* comme un facteur de changement du droit positif existant » (FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 22, p. 76). Dans le même sens, voir AUBY Jean-Bernard, « Externalisation des activités publiques et valeurs du droit public. Observations théoriques et comparatives », in *Long cours. Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 667 ou LÓPEZ ESCARCENA Sebastián, « Investment Disputes *Oltre Lo Stato*: On Global Administrative Law, and Fair and Equitable Treatment », *BCLR*, vol. 59, n°8, 2018, p. 2693 : « *GAL* can be characterized as a descriptive-prescriptive project ». Sur la notion de discours ou projet « prescriptif », voir ROSS Alf, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, p. 11 ou ROSS Alf, *Directives and Norms*, London, Routledge & Kegan Paul, 1968, pp. 1-8, ainsi que CHAMPEIL-DESPLAT Véronique, « Alf Ross : droit et logique », *Droit et société*, n°50, 2002/1, pp. 29-42. Sur la dimension intrinsèquement prescriptive de la doctrine, voir BOUDOT Michel, « La doctrine de la doctrine de la doctrine... : une réflexion sur la suite des points de vue méta – ... – juridiques », *RIEJ*, 2007, vol. 59, n°2007/2, pp. 35-47, spéc. p. 41.

³⁰ Voir notamment FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 22, pp. 8, 19 ou 26 (spéc. la note 175).

³¹ BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, Paris, Pedone, coll. Cahiers internationaux, CEDIN, CRDP, n° 28, 2012, 393 p.

³² FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 22, 275 p.

³³ Voir cependant MORLINO Elisabetta, *Procurement by International Organizations. A Global Administrative Law Perspective*, Cambridge, CUP, 2019, 524 p.

des années de travail. Comme l'a rappelé récemment un auteur, « questions have been raised as to its lack of dogmatic novelty and of clear analytical boundaries, and the needless use of the fashionable term GAL in many scholarly publications »³⁴. Il faut donc admettre que l'intérêt de la communauté scientifique internationale pour le *Global administrative law* tel que pensé par ses concepteurs va déclinant. À l'heure où la doctrine interniste française s'interroge sérieusement sur ses apports potentiels³⁵, l'engouement des spécialistes de droit international est retombé, y compris chez les acteurs principaux du projet. L'activité du projet porté par l'*Institute for International Law and Justice* semble considérablement réduite, et les publications d'ampleur de la doctrine du *GAL* postérieures à 2015 sont rares³⁶. Nombreux sont dorénavant ceux qui affirment, au détour d'une conversation scientifique, « ne pas croire » ou « ne plus croire » en l'existence du droit administratif global en général ou dans le projet scientifique en particulier, de sorte que la réception initiale et globalement positive en Europe³⁷ s'est essoufflée. De telles positions n'affectent toutefois que le cadre conceptuel bâti par des auteurs, construction nécessairement critiquable et contestable, et non l'existence objective des phénomènes normatifs identifiés par cette doctrine. C'est pourquoi la question

³⁴ LÓPEZ ESCARCENA Sebastián, « Investment Disputes *Oltre Lo Stato*: On Global Administrative Law, and Fair and Equitable Treatment », *op. cit.* note 29, p. 2689.

³⁵ Voir ainsi l'organisation de la Journée d'études de l'Association Française pour la recherche en Droit Administratif sur « La globalisation du droit administratif », le 7 décembre 2018 à l'Université Paris Nanterre – en partenariat toutefois avec le Centre de Recherche sur le Droit public (CRDP), le Centre de droit international de Nanterre (CEDIN) et le Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux (CREDOF) dont les Actes sont à paraître à la *RFDA*, ainsi que GAUTIER Marie, « Perspectives internationale et européenne », in AFDA, *Les procédures administratives*, Actes du colloque des 5 et 6 juin 2014, Paris, Dalloz, 2015, pp. 67-82. Plus récemment encore, la publication d'un ouvrage consacré aux principes communs de la procédure administrative fait la part belle au *GAL* et confirme cet intérêt croissant, mais tardif, de la doctrine interniste pour ce sujet ; voir GONOD Pascale, ASCENSIO Hervé (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, Paris, mare & martin, 2019, 240 p. De manière similaire à la démarche initiée par cette recherche, les auteurs soulèvent en particulier le « besoin d'une approche critique » permettant de « sortir de l'aspect prescriptif du *Global administrative law* pour revenir à une approche comparatiste plus classique » (GONOD Pascale, ASCENSIO Hervé, « Propos introductifs : quel(s) principe(s) ? Quelle(s) procédure(s) ? Quelle(s) administration(s) ? », *ibid.*, p. 13).

³⁶ Voir néanmoins CASSESE Sabino (dir.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, *Research Handbooks on Globalisation and the Law series*, 2016, 608 p. Il s'agit toutefois et à nouveau d'une juxtaposition d'exemples succinctement analysés.

³⁷ Jean-Marc Thouvenin voyait ainsi en 2012, parmi les propositions doctrinales du moment, « trois de ces idées plus brillantes que les autres : la « responsabilité de protéger », la « constitutionnalisation » du droit international, et le « droit administratif global » (THOUVENIN Jean-Marc, « Conclusions générales », in BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, *op. cit.* note 31, p. 327).

de savoir s'il faut croire ou non au *GAL*, un peu comme l'on débattrait de la question de savoir si l'on croit à la vie après la mort, apparaît sans pertinence pour l'étude, qui s'attachera exclusivement au phénomène juridique tangible. En ce sens, elle implique une redéfinition préalable, et sous l'angle du droit positif, du droit administratif global.

4. **Plan de l'introduction.** Cette recherche n'a pas pour objet le droit administratif global, mais la mesure dans laquelle il est possible d'en présenter une théorie des sources. Il ne suffit cependant pas, au regard de la spécificité du sujet, de définir d'abord « les sources » puis « le droit administratif global » avant de préciser l'objet de l'étude et son intérêt³⁸. En effet, l'association du « droit administratif global » et des « sources » constitue *a priori* un oxymore puisque le projet prescriptif du *GAL* rejette l'idée de sources³⁹. Ainsi, une définition préalable du « droit administratif global », qui constitue le *champ* de la recherche, est indispensable. Par ailleurs et surtout, les contours de ce champ scientifique sont relativement mal définis. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de déterminer ce qui est entendu par « droit administratif global » (**section I**) avant de préciser l'*objet* de la recherche – la détermination de ses sources (**section II**).

SECTION 1 – LE CHAMP DE L'ÉTUDE : LA NOTION DE DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

5. **Existence d'un droit administratif global.** Il est proposé de considérer que les éléments de droit positif⁴⁰ analysés par la doctrine du *GAL* peuvent être désignés comme du « droit administratif global », une définition de cette expression devant en conséquence être établie. L'existence du – ou plutôt d'un – droit administratif global est donc postulée ; ce postulat est justifié par le constat de l'émergence concomitante, depuis plusieurs années, de normes aux contenus et aux fonctions similaires, malgré la grande diversité des ordres juridiques au sein desquelles elles naissent. Dans la mesure où toutes, malgré la variété de leurs auteurs, de leur champ matériel et de leurs destinataires, ont pour objet l'encadrement d'une fonction décisionnelle elle-même conditionnée ou générée par la globalisation, une analyse commune semble non seulement possible mais également souhaitable. Aussi ce postulat de l'existence d'un

³⁸ Ce type d'approche est couramment adoptée dans les études consacrées aux sources d'une branche de droit. Voir, pour un exemple, GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 17 octobre 2018, Université Jean Moulin Lyon 3, pp. 18 et suivantes.

³⁹ Voir *supra*, §71.

⁴⁰ Sur la notion de « droit positif » retenue, voir *infra*, note 118.

« droit administratif global » comme catégorie susceptible de désigner ces normes est-il assumé. Pour délimiter et définir plus précisément ce champ d'étude pour l'instant embryonnaire, il est nécessaire d'aborder la genèse du GAL (I). En sera déduit un ensemble de caractéristiques permettant de dégager une *notion* de droit administratif global, c'est-à-dire des éléments d'identification de ce que l'expression désigne dans l'étude proposée (II).

I – LE CONTEXTE TERMINOLOGIQUE ET DOCTRINAL DE L'ÉMERGENCE DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

6. *Terminologie et concurrents doctrinaux.* « L'acte de naissance »⁴¹ du GAL réside dans l'article fondateur des Professeurs Kingsbury, Krisch et Stewart en 2005⁴². S'interroger sur les origines de l'objet « droit administratif global » implique toutefois d'évoquer brièvement le contexte doctrinal ayant mené les auteurs de la *New York University School of Law* à le concevoir formellement. Il sera donc ici question des caractères terminologiques de l'objet envisagé (A), puis des principales distinctions doctrinales opérées avec d'autres conceptualisations présentant des éléments de similitudes avec lui (B).

A – LA TERMINOLOGIE DU GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW

7. *Un droit « administratif » et « global ».* En fondant le GAL, ses créateurs se sont appuyés sur des doctrines préexistantes. Tout en notant que « droit administratif global » n'est qu'une traduction littérale du vocable *global administrative law*⁴³, il conviendra ici d'exposer rapidement le choix des termes « administratif » (1) puis « global » (2) opéré par ses concepteurs – celui de « droit » ne nécessitant pour l'instant pas de développements spécifiques. Il ne s'agit donc pas, à ce stade, de délivrer une définition personnelle, entreprise qui sera conduite *infra*⁴⁴, mais d'en présenter les caractéristiques doctrinales.

⁴¹ FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 22, p. 1, note 3.

⁴² KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit.* note 15.

⁴³ La question de la traduction dans la doctrine ne s'est posée, étrangement, que sous l'angle de la distinction entre « mondial » et « global », point qui sera abordé *infra*, §§11-12.

⁴⁴ Voir *infra*, §§29 et ss.

1) Un droit « administratif »

8. *Caractère ignoré.* Contrairement à ce que l'intitulé de la théorie laisse supposer, le caractère « administratif » ne constitue pas le cœur de l'analyse du GAL⁴⁵, bien qu'il apparaisse difficile de faire l'économie d'une justification de l'emploi de ce terme. Les auteurs du droit administratif global n'ont en réalité pas réellement justifié l'emploi du terme « administratif » dans leur écrit fondateur. Évoquant l'existence d'« administrative functions »⁴⁶ et l'émergence de « news mechanisms of administrative law »⁴⁷, les auteurs proposent finalement la définition suivante : « much of global governance can be understood and analyzed as administrative action : rulemaking, administrative adjudication between competing interests, and other forms of regulatory and administrative decision and management »⁴⁸. Selon ses concepteurs, la gouvernance globale⁴⁹ peut donc être assimilée à de l'action administrative par comparaison avec les détenteurs du pouvoir administratif au niveau étatique. Les règles qui s'imposent à ces détenteurs étant considérées comme du droit administratif dans les États observés par les auteurs, il est considéré par transposition⁵⁰ que celles issues de la gouvernance globale

⁴⁵ À l'exception notable de la contribution de Frédéric Rolin lors du colloque du CEDIN précité : ROLIN Frédéric, « Qu'est-ce qu'un droit administratif ? », in BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A global administrative law ?*, *op. cit.* note 31, pp. 117-126. Pour sa part, Jacques Ziller estime que l'utilisation du terme « administratif » dans le droit administratif global est justifiée : « [l]'usage du qualificatif de droit administratif est suffisamment diversifié en droit comparé pour que l'on puisse accepter son utilisation » pour le droit administratif global (ZILLER Jacques, « L'usage du qualificatif de droit administratif en droit comparé », *ibid.*, p. 138). Il ne s'agit cependant pas des créateurs du GAL, qui ne soulèvent globalement pas cette question. Voir cependant, identifiant la problématique sans la résoudre, KINGSBURY Benedict, STEWART Richard B., « Administrative Tribunals of International Organizations from the Perspective of the Emerging Global Administrative Law », in ELIAS Olufemi (dir.), *The Development of Effectiveness of International Administrative Law. On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 83-84.

⁴⁶ KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit.* note 15, p. 16.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁹ L'expression a fait l'objet d'un foisonnement doctrinal qu'il n'apparaît pas utile de détailler. Pour une présentation très synthétique mais claire de l'origine et du contenu de la notion, voir ITEN Jean-Louis, « L'organisation intergouvernementale à l'épreuve de la « gouvernance mondiale » », in DUBIN Laurence, RUNAVOT Marie-Clotilde (dir.), *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, Paris, Pedone, 2014, p. 83.

⁵⁰ La doctrine est toutefois prudente et consciente de l'impossibilité de transposer des notions ou situations étatiques au niveau global : « Global administrative law cannot

relèvent du même phénomène et constituent, dans l'espace global, un droit administratif global.

Cette idée de parenté est confirmée par B. Kingsbury :

« [I]e droit administratif, c'est l'exercice du pouvoir au quotidien ». This remark of the French administrative law professor Jean Rivero, quoted to me by the eminent international lawyer Georges Abi-Saab from his memory of Rivero's lectures in Paris [...] captures much of what inspired the choice of the term « global administrative law ». We wanted to understand the current roles and future potential of law in channeling and curbing the daily uses of power in global governance, uses we perceive to be increasing very fast »⁵¹.

La doctrine francophone n'est pas plus prolixe et n'évoque que très rarement la question de la nature administrative du droit observé⁵². Dans son développement sur la terminologie du droit administratif global, Jean d'Aspremont n'évoque à aucun moment la notion de droit « administratif », ayant relevé plus tôt que « le droit administratif global doit être pensé et réfléchi en dehors des canevas classiques, toute analogie avec nos conceptions classiques du droit – et notamment celle du droit administratif, étant singulièrement fallacieuse »⁵³. Le postulat des auteurs du *GAL* apparaît finalement assez minimaliste : le droit international public et le *GAL* auraient en commun « une dimension administrative »⁵⁴. En effet,

« [I] un des préceptes du *GAL* consiste à analyser ces phénomènes sous l'angle administratif dans le but de les organiser et de les encadrer avec l'aide de principes administratifs. [Les écoles doctrinales historiques du droit international administratif et du droit administratif international⁵⁵] sont prises en compte par les concepteurs du *GAL* qui en tirent trois

be understood as a simple transposition to the global administrative space of the functions performed, let alone of the specific rules and institutional interactions, that have been painstakingly made and remade in the crucibles where national administrative law is produced and refined » (KINGSBURY Benedict, « The concept of « law » in Global Administrative Law », IILJ Working Paper 2009/1, *Global Administrative Law Series*, 2009, p. 5).

⁵¹ KINGSBURY Benedict, PELLET Alain, « Views on the development of a Global Administrative Law », in BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, op. cit. note 31, p. 13.

⁵² Voir cependant DUBIN Laurence, « Le droit administratif global, analyse critique de son existence et de son articulation avec le droit international public », *ibid.*, p. 97.

⁵³ D'ASPREMONT Jean, « Droit administratif global et droit international », *ibid.*, p. 84 ; voir également pp. 87-88 les éléments portant sur la terminologie.

⁵⁴ FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, op. cit. note 22, p. 5.

⁵⁵ Celles-ci feront l'objet d'une rapide synthèse *infra*, §§20-21.

idées : la première consiste à voir la « gouvernance transnationale » comme une forme d'administration, et donc l'application de certains principes pour encadrer son action. Dans un deuxième temps, le *GAL* partage avec les écoles mentionnées plus haut le fait de définir comme étant administrative une branche du droit par l'identification préalable d'une administration. Enfin, le *GAL* repose sur l'idée que l'Administration, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de régulation, doit être encadrée par les principes, principalement, de participation, de transparence et d'*accountability* »⁵⁶.

9. **Conclusion.** Il ressort de ces développements deux points. D'abord, le choix du terme « administratif » reste très contestable, dans la mesure où il se fonde sur un seul élément de sa définition générale. La doctrine opère une sorte de transfert sémantique peu convaincant, justifiant le caractère administratif du *GAL* par l'existence d'administrations elles-mêmes peu définies, ou définies par l'existence présentée comme évidente d'une « fonction administrative » de certaines institutions⁵⁷, qu'elles soient publiques ou privées. Cela a notamment amené Alain Pellet à écrire qu'il « préférera[t] « droit mondial » ou « droit global » mais sans « administratif » »⁵⁸. En second lieu et malgré la première remarque, il apparaît clairement que le *GAL* s'inscrit dans le contexte doctrinal du droit administratif, spécifiquement des droits américain et, dans une moindre mesure, français, dont la proximité et les points de divergences – théoriques et pratiques – sont pointés par la doctrine⁵⁹.

⁵⁶ FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, op. cit. note 22, p.16. Cette présentation de la doctrine est complétée par des développements relatifs à la fonction administrative que constitue la régulation d'une activité, en s'appuyant sur le but, la nature de l'activité régulée et le type d'organe qui exerce l'activité (*ibid.*, pp. 46-48). L'auteur constate ensuite que le caractère administratif des normes des administrations globales est déterminé par la doctrine du *GAL* au moyen d'un simple parallèle avec le pouvoir de régulation des autorités administratives nationales (*ibid.*, p. 51).

⁵⁷ Voir par exemple MOCKLE Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *Les Cahiers de Droit*, vol. 53, n°1, 2012, p. 7.

⁵⁸ PELLET Alain, « Les transformations de la gouvernance mondiale », in SFDI, *L'État dans la mondialisation, Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 2013, p. 567.

⁵⁹ Ainsi B. Kingsbury note-t-il que la conception du « public good » qui guide les autorités internationales publiques est incomparable, par la place qu'elle occupe dans le système international ou global, avec le concept de service public en droit administratif français (KINGSBURY Benedict, « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law », op. cit. note 50, p. 11). Voir également, relevant les limites de l'emploi du terme « administrative » dans le projet, KLABBERS Jan, *An Introduction to International Institutional Law*, Second edition, Cambridge, CUP, 2009, pp. 316-317 : « there remains the vexed issue of where exactly those administrative norms stem from. It has been pointed out that administrative law, even in Europe, embodies radically different traditions: the English tend to think of administrative law as controlling government, whereas the French think less in terms of control and more in

2) Un droit « global »

10. **Globalisation, droit global et droit cosmopolitique.** S'interroger sur la notion de droit global implique de trancher un certain nombre de débats préalables, dont les réponses apportées peuvent être considérées comme des prises de position théoriques propres aux auteurs mentionnés. Il s'agira d'abord d'exposer les raisons de l'usage du terme « global » par référence à la globalisation (a), puis de distinguer le droit global tel qu'entendu par la doctrine du GAL (b) du droit cosmopolitique (c).

a) Globalisation et mondialisation

11. **Un GAL lié à la globalisation.** Le contexte de la naissance du GAL ne fait que peu débat chez les auteurs concernés : celui-ci est dû à l'accélération des échanges économiques, humains et, nécessairement, juridiques de par le monde. L'absence de figure étatique supranationale et la concurrence exercée par le secteur privé dans certains domaines d'activités internationales a conduit au développement peu ordonné de normes « administratives », défaut que le projet du GAL a pour ambition de corriger. Le débat résiduel consiste à savoir si la terminologie la plus adaptée est « mondialisation » ou « globalisation », d'où la naissance d'un débat sémantique sur le droit afférent : est-il « global » ou « mondial » ?

12. **Débat francophone.** La plupart des auteurs francophones ne font pas la distinction, ou utilisent le terme de globalisation en le justifiant par des considérations pratiques⁶⁰, souci compréhensible dans la mesure où le français est probablement l'une des seules langues à traduire le terme anglais de deux manières – et en employant deux racines – différentes⁶¹. Il faut en effet admettre que *mondialisation* et *globalization* sont des concepts d'économie et de

terms of action: administrative law is the law relating to government ». S'agissant des rapports entre droit administratif américain et droit administratif global, la littérature est conséquente. Voir en particulier et en premier lieu : STEWART Richard B., « U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law ? », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, n°3-4, pp. 63-108).

⁶⁰ Voir exemple : « [n]ous 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 » (MOCKLE Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit.* p. 57, p. 7).

⁶¹ Voir par exemple sur ce point KOHEN Marcelo, « Internationalisme et Mondialisation », in MORAND Charles-Albert (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 109.

sociologie des relations internationales, plus que des notions juridiques. L'une des distinctions dégagées par la doctrine consiste à montrer que « si la globalisation [est] nécessairement capitaliste, les périodes de mondialisation, elles, ne le sont pas nécessairement. Il y a eu des périodes de mondialisation à des époques non capitalistes et lors desquelles l'Europe était encore un ensemble plus ou moins cohérent »⁶². Il semble par ailleurs que le terme « globalisation » soit d'une manière générale plus adapté pour l'analyse des phénomènes observés dans la présente étude. Le concept de globalisation ne fait ainsi pas que « décrire un processus qui comporte dans son ADN de s'étendre à l'échelle de la planète : ce processus s'étend simultanément à l'ensemble des formes de coordination de l'activité des êtres humains entre eux et avec tout ce qui a une existence réelle ou virtuelle »⁶³. Sera par conséquent préférée, avec ces auteurs, la formule « globalisation »⁶⁴, et par suite de droit « global » et non « mondial ». Plus délicate est, justement, la question du droit global, lequel découle et est progressivement formé par la globalisation juridique⁶⁵.

b) Conception du droit global dans la doctrine

13. Première conception du droit global : un point de vue. Benoit Frydman, qui n'est pas un fondateur du GAL mais un théoricien du droit global, le définit comme « le droit envisagé d'un point de vue global, et non du point de vue d'un ordre juridique particulier, national, européen ou international »⁶⁶. Il inclut donc « l'ensemble des règles mondiales »⁶⁷ sans préjudice de leur origine. Pour Benoit Frydman, c'est naturellement « que les juristes abordent la

⁶² DUFOR Frédéric Guillaume, ROBITAILLE Michel-Philippe, « Globalisation capitaliste, discipline néolibérale et souveraineté néoconservatrice : retour sur quelques distinctions conceptuelles », *RQDI*, vol. 24.1, 2011, p. 67.

⁶³ *Ibid.*, p. 53, renvoyant à LACHER Hannes, *Beyond Globalization: Capitalism, Territoriality and the International Relations of Modernity*, New York, Routledge, coll. Studies in Global Political Economy, 2006, 224 p.

⁶⁴ Rejoignant d'ailleurs la position d'Alain Pellet interrogé sur la question par Clémentine Bories : « [f]or its part globalization, is a real and observable phenomenon and, if it is true that *ubi societas, ibi jus*, then it can be intuitively accepted that this tangible social reality calls for particular rules, which could be named a « global law » » (KINGSBURY Benedict, PELLET Alain, « Views on the development of a Global Administrative Law », in BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, op. cit. note 31, p. 12).

⁶⁵ AUBY Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit. note 14, p. 203.

⁶⁶ FRYDMAN Benoit, LEWKOWICZ Gregory, « Les codes de conduite : source du droit global ? », in HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées. Volume 3. Normativités concurrentes*, Limal, Anthemis, 2012, p. 179.

⁶⁷ LHUILIER Gilles, *Le droit transnational*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2016, p. 7.

question du droit global par celle de l'ordre juridique global »⁶⁸. Cette démarche conduit à des difficultés théoriques qui incitent certains auteurs à se démarquer totalement – mais « un peu cavalièrement »⁶⁹ – de la notion d'ordre juridique et à penser le droit global – voire le droit – hors de ce cadre. Toujours selon lui, « les phénomènes et les objets que nous observons dans la pratique nous l'imposent »⁷⁰. Tant la dimension logique (l'exigence de cohérence) que politique (l'exigence d'une autorité ou d'un commandement) de la notion d'ordre juridique conduiraient en effet à abandonner cette idée strato-centrée⁷¹ :

« [a]insi s'ébauche dans le lointain la perspective encore floue d'une théorie élémentaire du droit global, qui ne reposera ni sur un inventaire exhaustif de ses sources, ni sur la construction d'un ordre cohérent complet, mais bien sur la description d'un nombre fini d'éléments simples, dont les combinaisons permettraient de rendre compte de la multiplicité des agencements apparemment anarchiques, incohérents et arbitraires que la réalité place devant nos yeux »⁷².

Le droit global, qui reste une hypothèse⁷³, constitue donc selon cette définition non un ensemble cohérent de règles mais un « agrégat composite, un magma de normes venus d'horizons divers, les sources pouvant être publiques, privées ou mixtes »⁷⁴. Autrement dit, il s'agit d'un point de vue du droit volontairement (artificiellement, diront ses détracteurs) déconnecté de la notion d'ordre juridique, et dont l'unité réside dans le fait que toutes les règles observées ont « pour caractéristique d'être profondément affecté[e]s par la mondialisation »⁷⁵.

14. Seconde conception du droit global : un pont entre ordre juridiques. S'agissant du GAL, l'utilisation du terme « global », et non plus « international », entend « montrer que le droit administratif global doit se penser indépendamment de la césure classique entre ordres juridiques, et notamment entre l'ordre juridique international, les ordres juridiques des

⁶⁸ FRYDMAN Benoit, « Comment penser le droit global ? », in CHÉROT Jean-Yves, FRYDMAN Benoit (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 22.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 27.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 26.

⁷¹ Cette idée conduirait à écarter toute notion de sources du droit, qui dépend de l'ordre juridique, par défaut de pertinence (*idem*).

⁷² *Ibid.*, p. 48.

⁷³ FRYDMAN Benoit, LEWKOWICZ Gregory, « Les codes de conduite : source du droit global ? *op. cit.* note 66, p. 179.

⁷⁴ RACINE Jean-Baptiste, « Approches de droit global », *JDI*, n°3/2019, p. 670.

⁷⁵ FRYDMAN Benoit, LEWKOWICZ Gregory, « Les codes de conduite : source du droit global ? *op. cit.* note 66, p. 180.

organisations internationales et les ordres juridiques internes »⁷⁶. Si la doctrine du *GAL* ne définit pas précisément le sens qu'elle confère à l'expression « global », certains indices invitent à penser que sa conception diverge de la position de Benoit Frydman. Le principal indicateur réside dans le fait que les auteurs du *GAL* adoptent une position « néo-moniste »⁷⁷ dans l'analyse des rapports entre droit international et droit administratif global :

« le *GAL* apparaît à la fois comme plus large et plus restreint que le droit international public. Il semble plus large dans la mesure où est prise en compte l'activité régulatrice des agences nationales. Une approche prenant appui sur une vision dualiste du droit international public aura tendance à occulter ces phénomènes, puisque prenant place en dehors de l'ordre juridique international. Le *GAL* semble, aussi, plus restreint que le droit international public dans la mesure où il ne s'intéresse qu'aux phénomènes de régulation »⁷⁸.

Selon cette vision, le droit global – indépendamment de la question des phénomènes observés – consiste à « mettre à mal la dichotomie traditionnelle entre le niveau national et le niveau international »⁷⁹, sans pour autant constituer un ordre juridique dans la conception de l'école de Manhattan⁸⁰. Bien que cette conception soit différente de celle évoquée par Benoit Frydman, les conséquences des deux positions semblent être similaires : le droit global demeure une *manière d'observer le phénomène juridique*, soit en abandonnant l'idée d'ordre juridique, soit en écartant certaines conséquences de son existence en incluant indifféremment des normes provenant de plusieurs d'entre eux.

15. Contradiction. C'est à ce stade qu'une problématique terminologique majeure apparaît, dont une première trace a pu être décelée dans la critique d'Alain Pellet *supra*⁸¹. Si le droit global n'existe qu'en dehors de l'ordre juridique et/ou n'est qu'une manière d'observer le phénomène juridique, il est difficile d'envisager un droit global qui présenterait des caractéristiques *administratives*, quand bien même le terme se bornerait à qualifier l'encadrement de l'exercice du pouvoir. L'exercice du pouvoir ne pouvant être

⁷⁶ D'ASPREMONT Jean, « Droit administratif global et droit international », *op. cit.* note 53, p. 88.

⁷⁷ FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 22, p. 18.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Ibid.*, p. 17.

⁸⁰ Il convient cependant de noter que l'école italienne, et spécifiquement Sabino Cassese, semble affirmer l'existence d'un ordre juridique global en droit positif, sans le démontrer toutefois ; voir notamment CASSESE Sabino, « Le droit administratif global : une introduction », reproduit in CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, *op. cit.* note 17, p. 86. Ce point est analysé *infra*, §§527 et ss.

⁸¹ Voir *supra*, note 58.

limité ou encadré que dans le cadre d'un ordre juridique, aussi primitif soit-il, et non de manière abstraite, une telle juxtaposition paraît théoriquement maladroite. Quatre solutions s'offrent dès lors à l'observateur. Soit il convient d'abandonner toute idée de « *global administrative law* », l'expression n'ayant finalement pas de sens théoriquement acceptable. Soit il faut se contenter d'évoquer un droit global en évitant le terme « administratif », ou de lui conférer un sens totalement nouveau. Une alternative proche, adoptée par la majorité de la doctrine américaine, consiste à conserver l'expression « *global administrative law* » en ignorant purement et simplement les problématiques liées au sens des termes employés, arguant au besoin de la dimension prospective du projet pour souligner le peu d'intérêt pratique du questionnement. C'est ainsi que les concepteurs du *GAL* admettent faire référence à un droit « global » dans le seul but de dépasser l'approche trop étroite du droit international⁸². Une telle approche demeure intéressante en ce qu'elle est justement prospective ; elle ne permet toutefois pas de construire un outil d'explication de phénomènes dits « administratifs » au niveau supra-étatique. Le droit administratif global n'apporte, dans ce cas, aucune plus-value à l'analyse scientifique de l'étude envisagée. Soit, troisièmement, cette définition – souvent embryonnaire dans la doctrine du *GAL* – du « droit global », qui demeure elle aussi une proposition doctrinale, est rejetée pour accepter l'éventualité selon laquelle il pourrait exister un ordre juridique global – fût-il bien différent des ordres juridiques international, nationaux et transnationaux par sa forme comme par sa nature. Or, dans la double mesure, d'une part, où rien ne démontre objectivement que le droit global ne peut pas être pensé – et observé – hors du cadre de l'ordre juridique, et, d'autre part, où certains auteurs affirment l'existence d'un ordre juridique global⁸³, il ne sera tiré aucune conclusion hâtive sur ce point : la doctrine du *GAL* apparaît contradictoire, du fait de l'existence de plusieurs écoles distinctes. Dans l'hypothèse où l'idée de droit global pourrait être liée à celle d'ordre juridique, et où un ordre juridique global pourrait en conséquence exister, la pertinence du « droit global » se trouverait néanmoins remise en cause. Si l'objet visé perd sa seule caractéristique – la déconnexion de toute idée d'ordre juridique – il est en effet possible de conclure qu'il n'existe plus, ou du moins plus de manière autonome.

16. Conclusion. Il ressort bien de la lecture de la doctrine du droit global comme de celle du *GAL* qu'il n'y a pas de consensus sur ce qu'est le droit global.

⁸² Voir, en ce sens, LÓPEZ ESCARCENA Sebastián, « Contextualizando el derecho administrativo global », *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2018, p. 273.

⁸³ Voir *supra*, note 80. L'expression de « *global order* » est également utilisée par les initiateurs du droit administratif global, sans qu'il soit réellement possible de déterminer s'ils l'entendent comme synonyme d'ordre juridique global ou d'espace global (voir par exemple KINGSBURY Benedict, « The concept of « law » in Global Administrative Law », *op. cit.* note 50, p. 38).

Cette dernière doctrine ne s'est pas réellement emparée de ce sujet, considérant tacitement que le terme est suffisamment large et imprécis pour « englober » un maximum de phénomènes et de situations ; en témoigne la diversité des cas analysés sous l'angle du *GAL* dans les *Casebooks*⁸⁴.

c. Droit global et droit cosmopolitique

17. *Le droit cosmopolitique : un ensemble de principes philosophiques.*

La doctrine s'intéressant au droit global ou à l'évolution du droit dans le contexte de la globalisation évoque parfois un « droit cosmopolitique » proche du droit global, hérité de Kant puis d'Habermas⁸⁵. Ainsi, le « droit cosmopolitique ou droit des citoyens du monde (*Weltbürgerrecht*) est la troisième sphère du droit public que Kant ajoute à celles de droit constitutionnel et de droit international »⁸⁶. Malgré une parenté notionnelle claire et envisagée par les concepteurs du *GAL*⁸⁷, la notion de droit cosmopolitique reste attachée à la philosophie et à la sociologie. Comme le note un auteur,

« en droit cosmopolitique, les normes cosmopolitiques relatives au principe démocratique et aux droits de la personne ont « préséance » sur tous les autres types de normes, ce qui semble les doter d'effets directs sous peine de sanction. Or rien de tel n'est prévu, ni même envisagé, en droit global »⁸⁸.

Le droit cosmopolitique se présente ainsi comme un ensemble de principes philosophiques basé sur une conception humaniste de la société mondiale et pouvant guider l'application ou la création du droit ; s'il peut être considéré comme « le grand chantier du droit international au XXI^e siècle »⁸⁹, il ne constitue pour l'instant qu'un paradigme et un cadre de lecture du droit international aux reflets de droit naturel. L'exposé des sujets du droit cosmopolitique en est une preuve manifeste :

« [I]es États sont donc des sujets du droit cosmopolitique ; ils en sont même peut-être bien les premiers. Le résultat le plus clair de cette

⁸⁴ Voir *supra*, note 24.

⁸⁵ Voir par exemple CHEVALLIER Jacques, « État de droit et relations internationales », *AFRI*, vol. VII, 2006, pp. 6-7 ; THOMAS-FOGIEL Isabelle, « Fichte ou l'impossibilité théorique d'un « droit à l'ingérence » », *Droits*, n°57, 2013/01, p. 31).

⁸⁶ ZOLLER Elisabeth, « Le droit cosmopolitique, droit de la « Fédération des États libres » du monde. Une mise en perspective fédérale », in DE FROUVILLE Olivier (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015, p. 297.

⁸⁷ KINGSBURY Benedict, « The Administrative Law Frontier in Global Governance », *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 99, 2005, pp. 152-153.

⁸⁸ GUILMAIN Antoine, « Du droit cosmopolitique au droit global : pour une rupture épistémologique dans l'approche juridique », *RQDI*, vol 26-2, 2008, p. 235.

⁸⁹ ZOLLER Elisabeth, « Le droit cosmopolitique, droit de la « Fédération des États libres » du monde. Une mise en perspective fédérale », *op. cit.* note 86, p. 309.

nécessité est que le droit cosmopolitique est du droit international ; il en fait partie ; il est de la même essence, sans être pourtant du droit international classique. À quoi tient la différence ? La réponse tient au paradigme qui les gouverne respectivement »⁹⁰.

18. **Conclusion.** Il existe donc une différence de nature entre le droit cosmopolitique et le droit global, qui tient en réalité à l'endroit où le curseur est placé : d'un côté, au sein du droit international public avec une volonté de recentrer la société mondiale autour de l'individu ; de l'autre, à l'extérieur de l'ordre juridique international⁹¹. Rapportée au droit administratif global, la remarque est similaire : grille de lecture sociologique, philosophique, voire juridique de son émergence⁹², le droit cosmopolitique n'est pas considéré comme un concurrent doctrinal du droit administratif global.

B – LES DISTINCTIONS ENTRE LE GAL ET LES CONSTRUCTIONS DOCTRINALES PROCHES

19. **Ancêtres et concurrents modernes.** Le droit administratif global n'est pas la première tentative d'explication de phénomènes administratifs au-delà de l'État. Ainsi est-il devenu de coutume, dans la doctrine, de distinguer le droit administratif global d'autres objets proches, qui ont pu être conceptualisés dans le passé (1) ou plus récemment, se posant alors en concurrents doctrinaux (2).

⁹⁰ *Ibid.*, p. 304. Voir *contra*, GUILMAIN Antoine, « Du droit cosmopolitique au droit global : pour une rupture épistémologique dans l'approche juridique », *op. cit.* note 88, p. 235. Selon ce dernier auteur, « pour ce qui est des sujets de droit, le droit administratif global semble être plus englobant que le droit cosmopolitique », en ce que le droit cosmopolitique n'aurait pour sujets que les individus alors que le droit administratif global, et le droit global en général, comprendraient aussi les personnes morales. Cette vision paraît attachée à une lecture stricte de la doctrine kantienne, contrairement à celle d'É. Zoller, plus actuelle et aboutie.

⁹¹ *Contra*, voir RACINE Jean-Baptiste, « Approches de droit global », *op. cit.* note 74, pp. 678-679, qui considère qu'il « serait possible de faire de fines distinctions entre droit global, droit universel, droit mondial et droit cosmopolitique. Cependant, selon nous, il n'y a pas lieu d'entrer dans de telles subtilités. Le globe, l'univers, le monde ou le cosmos renvoient aux mêmes réalités. [...] Nous préférons l'expression de droit global, car c'est elle qui a tendance aujourd'hui à s'imposer dans le discours juridique. [...] Pour le reste, nous tenons les quatre expressions employées de droit global, de droit universel, de droit mondial et de droit cosmopolitique pour équivalentes, même si la subtilité pourrait conduire à des nuances et distinctions » (p. 679).

⁹² L'on parle même de « lien de filiation » entre droit cosmopolite et droit administratif global : GUILMAIN Antoine, « Du droit cosmopolitique au droit global : pour une rupture épistémologique dans l'approche juridique », *op. cit.* note 88, pp. 222 et 230.

1) Droit administratif international et droit international administratif, deux ancêtres doctrinaux du droit administratif global

20. *GAL et droit administratif international.* Le *GAL* se distingue tout d'abord du droit administratif international, en ce que ce dernier est constitué des actes administratifs internes présentant un caractère d'extranéité. Tout comme le droit pénal international se distingue du droit international pénal en ce que le premier relève du droit interne et le second désigne une branche du droit international, le droit administratif international, défini en 1930 comme « [l']activité extérieure de caractère juridique »⁹³ des États, concerne notamment les relations entre un État et ses administrés résidant sur le territoire d'un État tiers.

21. *GAL et droit international administratif.* Le *GAL* se distingue ensuite du droit international administratif, « discipline juridique qui ressemble fort au droit administratif »⁹⁴ sans en relever pourtant. À l'heure actuelle, il est loisible de considérer que ce dernier désigne l'ensemble des règles et procédures relatives au fonctionnement des organisations internationales et à la fonction publique internationale⁹⁵. Toutefois, l'acception du droit international administratif a évolué, et on ne peut que constater que la théorie du droit administratif global présente une forme de « parenté »⁹⁶ avec celui-ci. Paul Negulesco relève en 1935 que « la communauté internationale a des services publics dotés d'une compétence spéciale et déterminée, mais elle possède aussi un organe à compétence générale, la Société des Nations ; qui exerce un certain droit de commandement [...] »⁹⁷ puisque « tous ces services publics

⁹³ GASCON Y MARIN José, « Les transformations du droit administratif international », *RCADI*, vol. 34, 1930, p. 8.

⁹⁴ NÉGULESCO Paul, « Principes du droit international administratif », *RCADI*, vol. 51, 1935, p. 612.

⁹⁵ L'entrée « droit administratif international » du manuel des professeurs Daillier, Forteau et Pellet renvoie pourtant à des développements sur le statut des agents internationaux, ce qui démontre d'une part la difficulté à distinguer clairement ces matières, d'autre part le manque de consensus de la doctrine sur ces questions. Voir DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), Paris, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, pp. 1503 (index alphabétique) et 696 et ss.

⁹⁶ AUBY Jean-Bernard, « La théorie du droit administratif global : Brève présentation critique », *op. cit.* note 13, p. 1. Voir aussi BORIES Clémentine, « Rapport introductif. Histoire des phénomènes administratifs au-delà de la sphère étatique : tâtonnements et hésitations du droit et/ou de la doctrine », *op. cit.* note 31, p. 45 : « [le] droit administratif global s'inscrit expressément dans la continuité de ces différents précédents, tout en proposant de rénover la perspective pour l'élargir ».

⁹⁷ NÉGULESCO Paul, « Principes du droit international administratif », *op. cit.* note 94, p. 612.

internationaux interviennent vis-à-vis des États, afin de développer la coopération entre ceux-ci, de coordonner les activités de leurs services qui ont une portée internationale [...] »⁹⁸.

C'est sur ce dernier point que le droit administratif global diffère, du fait de sa contemporanéité, de l'ancienne théorie du droit international administratif : il n'est pas centré sur les organisations internationales, ni sur les États ; il est au contraire polycentrique.

22. Mobilisation de ces théories par la doctrine du GAL. Ces deux distinctions sont devenues des classiques dans la doctrine du GAL, spécifiquement lorsqu'il est question de présenter le projet. La doctrine francophone relative au droit administratif global est d'ailleurs abondante à leur propos⁹⁹. Il est néanmoins intéressant de relever que le GAL entend s'inscrire dans une forme de continuité doctrinale avec des constructions fondées sur une définition claire du droit administratif en cause. Le fait que tel ne soit pas le cas du GAL s'explique peut-être par le fait que la revendication de cette continuité doctrinale, dont la globalisation appellerait l'adaptation, paraît essentiellement analogique et non téléologique ni même chronologique.

2) Les concurrents doctrinaux du droit administratif global

23. Constitutionnalisme global et exercice international de l'autorité publique. Parmi un indéniable foisonnement doctrinal, deux propositions retiennent particulièrement l'attention lorsqu'il est question de droit administratif global¹⁰⁰. L'une réside dans le projet de « constitutionnalisme

⁹⁸ *Ibid.*, p. 613. L'idée de service public international renvoie inévitablement à la contribution de Charles Chaumont à ce propos, qui définissait ses missions comme « toute activité internationale ayant pour but de donner satisfaction à un besoin d'intérêt général » (CHAUMONT Charles, « Perspective d'une théorie du Service public à l'usage du droit international contemporain », in *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, Tome premier, Paris, LGDJ, 1950, pp. 115-178 ; la citation est extraite de la p. 123).

⁹⁹ Voir, notamment, BORIES Clémentine, « Rapport introductif. Histoire des phénomènes administratifs au-delà de la sphère étatique : tâtonnements et hésitations du droit et/ou de la doctrine », in BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, *op. cit.* note 31, pp. 45-51. L'exposé qui suit est partiellement tiré de cette référence.

¹⁰⁰ La doctrine s'intéressant à la genèse du GAL fait également, parfois, référence au projet *Informal International Lawmaking* (ou IN-LAW) ; voir LOPEZ ESCARCENA Sebastián, « Contextualizando el derecho administrativo global », *op. cit.* note 82, pp. 285-287, ou encore D'ASPREMONT Jean, « Droit administratif global et droit international », *op. cit.* note 53, p. 86. Sur le projet lui-même, voir BERMAN Ayelet, DUQUET Sanderijn, PAUWELYN Joost, WESSEL Ramses A., WOUTERS Jan

global » avancé par la doctrine européenne (a) ; l'autre, proche, a été initiée par l'école dite de l'autorité publique (b). Il convient d'exposer les principaux traits de ces doctrines, mais surtout les raisons qui ont conduit à se positionner dans le champ du droit administratif global plutôt que dans le leur.

a) *Le constitutionnalisme global : un projet intégralement prescriptif*

24. **Prémices communes.** Le constitutionnalisme global, dont la principale thèse « consiste à séparer le concept de constitution du concept d'État »¹⁰¹ est un « effort conceptuel et théorique de grande ampleur en vue d'affronter la manière dont nous sommes aujourd'hui gouvernés globalement, et pour appréhender des thèmes tels que la construction progressive de notre société globale à venir, la manière dont le pouvoir y est exercé, fonctionne, se trouve limité, les fins auxquelles ce pouvoir est utilisé, etc. »¹⁰². L'idée peut être ainsi résumée :

« [L]e « constitutionnalisme » est un programme politique et juridique avec une dimension substantielle et non seulement formelle. C'est en ce sens que les constitutionnalistes revendiquent l'alignement du droit sur le droit constitutionnel, en comprenant non pas ce dernier comme reposant sur un quelconque acte juridique, mais bien plus sur un contenu spécifique et un ensemble de principes fondamentaux tels que le *rule of law*, la séparation des pouvoirs (ou le système de *checks and balances*), la protection des droits de l'homme et la démocratie. [...] Depuis peu, le constitutionnalisme, en tant que revendication juridique et politique se transformant par conséquent en un projet scientifique et pratique, a été introduit dans les relations internationales et dans le droit international public sous le terme « constitutionnalisme global ». [...] Le constitutionnalisme est ainsi « global » au sens de la prise en compte des intérêts et des préoccupations de chacun au sein de cultures et de contextes économiques différents, mais aussi au sens d'une orientation vers des principes de droit (même minimalistes) universellement reconnus »¹⁰³.

(dir.), *Informal International Lawmaking : Case Studies*, The Hague, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, 537 p.

¹⁰¹ TUSSEAU Guillaume, « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », in CHÉROT Jean-Yves, FRYDMAN Benoit (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, op. cit. note 68, p. 184.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ PETERS Anne, « Introduction », in PETERS Anne, DEVERS Manuel, THÉVENOT-WERNER Anne-Marie, ZBINDEN Patrizia (dir.), *Les acteurs à l'ère du constitutionnalisme global / Actors in the age of global constitutionalism*, Paris, Société de législation comparée, collection de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 35, 2014, pp. 21-22.

Projet scientifique non normatif, le constitutionnalisme global est un « fait linguistique »¹⁰⁴ particulièrement critiqué par la doctrine, qui considère parfois que « le discours constitutionnel global relève davantage de la manipulation ou du pur jeu de mots que de l'analyse objective »¹⁰⁵. Le projet partage néanmoins les mêmes prémices que le *GAL*, ce qui a amené les auteurs tenants des deux écoles à débattre de leurs approches respectives ; il en ressort essentiellement que la vision holistique du constitutionnalisme global est moins adaptée à l'étude académique juridique que le *GAL*¹⁰⁶. Il convient donc de ne pas mésestimer l'importance théorique de l'approche constitutionnelle dans la fondation du projet. En particulier, Benedict Kingsbury semblait, quelques années avant la publication des premiers travaux sur le *GAL*, plutôt réceptif à la théorie du constitutionnalisme international, qui lui semblait pouvoir constituer un cadre d'analyse satisfaisant de phénomènes normatifs qu'il étudiera plus tard sous l'angle du *GAL*¹⁰⁷.

25. Choix d'écartier le constitutionnalisme global. La présente étude ne se plaçant ni sur le plan prescriptif, ni principalement dans le champ de la philosophie du droit auquel le constitutionnalisme global mène inévitablement, il n'apparaît pas pertinent de retenir ce dernier comme cadre de pensée initial. Toutefois, il faut reconnaître que le *global administrative law* et le constitutionnalisme global étudient des réalités objectivement proches et que leur plus grande différence est de type méthodologique. Les travaux doctrinaux relatifs au constitutionnalisme global peuvent dès lors, et dans cette mesure, constituer des matériaux de recherche pertinents pour l'étude, sans pour autant que cette grille de lecture soit adoptée.

¹⁰⁴ TUSSEAU Guillaume, « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », *op. cit.* note 101, p. 187. Voir également TUSSEAU Guillaume, « Éligible...mais frappé par une incompatibilité en cas d'élection ; le droit électoral aux prises avec le constitutionnalisme multiniveaux », *RFDA*, Chronique de jurisprudence, Droit administratif et droit constitutionnel, 2012, n°3, p. 540 et TUSSEAU Guillaume, « Plaidoyer pour le droit processuel constitutionnel », *Constitutions : Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2012, n° 4, p. 585.

¹⁰⁵ MUIR-WATT Horatia, TUSSEAU Guillaume, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », in BONNET Baptiste (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 213.

¹⁰⁶ Voir sur ce point LÓPEZ ESCARCENA Sebastián, « Contextualizando el derecho administrativo global », *op. cit.* note 82, pp. 282-284.

¹⁰⁷ Voir notamment KINGSBURY Benedict, « First Amendment Liberalism as Global Legal Architecture: Ascriptive Groups and the Problems of the Liberal NGO Model of International Civil Society », *CJIL*, vol. 3, n°1, 2002, pp. 183-196, spec. pp. 194-195.

b) *L'exercice international de l'autorité publique : une approche complémentaire*

26. ***L'école de l'autorité publique.*** Une proposition doctrinale proche du droit administratif global a fait son apparition à Heidelberg, laquelle s'attache à étudier l'encadrement de l'exercice de l'autorité publique au niveau international. Dans l'ouvrage de référence sur la question, publié en 2010, les auteurs expliquent :

« [w]e argue that any kind of governance activity by international institutions, be it administrative or intergovernmental, should be considered as an exercise of international public authority if it determines individuals, private associations, enterprises, states, or other public institutions. We believe that this concept enables the identification of all those governance phenomena which public lawyers should study [...]. Proposing this concept means complementing the concept of global governance with a concept more appropriate for legal analysis and the development of legal standards for legitimate governance. On a more general level, this concept should contribute to a deeper understanding of the historic transformation underlying the concept of global governance »¹⁰⁸.

Ce projet de recherche ne s'inscrit en réalité pas comme un concurrent direct et inconciliable avec le droit administratif global. Il a finalement vocation, en s'inspirant des différentes propositions doctrinales existantes à propos des mêmes phénomènes, à opérer une conciliation entre elles. Cumulant la doctrine du constitutionnalisme global, du droit administratif global et du droit institutionnel des organisations internationales, ce projet novateur vise à remédier à leurs lacunes.

27. ***Rapports avec le GAL.*** Les promoteurs du projet d'Heidelberg avancent l'imprécision du droit administratif global, qui serait porteur de

¹⁰⁸ VON BOGDANDY Armin, DANN Philipp, GOLDMANN Matthias, « Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities », in VON BOGDANDY Armin, WOLFRUM Rüdiger, VON BERNSTORFF Jochen, DANN Philipp, GOLDMANN Matthias (dir.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Heidelberg Dordrecht London New York, Springer, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, p. 5. Cet extrait est issu d'un article initialement publié dans le *German Law Journal* : VON BOGDANDY Armin, DANN Philipp, GOLDMANN Matthias, « Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities », *GLJ*, vol. 9 (2008), pp. 1375-1400.

confusions, tout en le considérant comme une base d'analyse¹⁰⁹. La principale critique formulée au GAL est ainsi la suivante :

« [a]gain, this does not advocate drawing all too simple “domestic analogies”: the differences between domestic institutions and international institutions are too important. Precisely for that reason, our approach differs from that of global administrative law as we conceive it as too “global”: it risks to efface or to blur distinctions essential to the construction, evaluation and application of norms concerning public authority. Put differently, we wonder what would be the overarching legal basis of a global administrative law. Would it be general principles? Or would it have a status of its own, above positive law? The notion of global administrative law implies a fusion of domestic administrative and international law that does not give consideration to the fact that international legal norms and internal norms possess a categorically different “input legitimacy”: state consent versus popular sovereignty, according to the classical understanding. A global approach thus glosses over and threatens to obscure this fundamental difference »¹¹⁰.

Si la critique est parfaitement recevable, la vision selon laquelle le droit administratif global implique une « fusion » des droits nationaux et international semble quelque peu caricaturale, d'autant que l'une des principales difficultés théoriques affirmée par la doctrine du GAL réside justement dans l'impossibilité, tant du fait de la diversité des premiers que de la structure systémique du second, de transposer les droits administratifs internes au niveau international – ou global, selon l'approche retenue. Il est néanmoins exact que la doctrine du GAL ne fait généralement pas de distinction quant à la source de la légitimité, qu'elle soit interne ou internationale, ce qui est particulièrement critiqué par les tenants de l'école de l'autorité publique¹¹¹.

28. Réponse aux critiques. Il ressort de ces éléments que la plus profonde divergence réside dans la remise en cause, par l'école d'Heidelberg, de la méthode première de la doctrine du GAL, à savoir le raisonnement par analogie. Si celui-ci doit être manié avec la plus grande précaution, il n'est pour autant pas absent des méthodes tant de la doctrine, qui y recourt fréquemment en droit

¹⁰⁹ D'ailleurs, certains éminents auteurs du droit administratif global ont été conviés à participer à l'ouvrage susmentionné. Voir notamment CASSESE Sabino, « Is there a Global administrative Law ? », *ibid.*, pp. 761-776).

¹¹⁰ VON BOGDANDY Armin, DANN Philipp, GOLDMANN Matthias, « Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities », *op. cit.* note 108, pp. 25-26.

¹¹¹ Dans le même sens, voir LÓPEZ ESCARCENA Sebastián, « Contextualizando el derecho administrativo global », *op. cit.* note 82, pp. 280-281.

interne, comparé comme international, que du juge interne¹¹² et international¹¹³. À l'exception des cas où un instrument conventionnel l'interdit¹¹⁴, ce type de raisonnement est même commun en droit international, spécifiquement lorsqu'il s'agit d'appréhender un phénomène nouveau¹¹⁵. Il apparaît donc que la méfiance de l'école de l'autorité publique ne doit pas constituer un obstacle à toute réflexion sur le droit administratif global, mais plutôt inspirer la prudence dans la construction du raisonnement analogique. Par ailleurs, cette méfiance rappelle que le *GAL* est un *projet prescriptif*, et non de droit positif¹¹⁶.

II – LA NOTION DE DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL RETENUE COMME CHAMP DE L'ÉTUDE

29. *Construction et contenu de la notion.* L'exposé qui précède montre qu'en l'état, le projet du *GAL* ne constitue pas un ensemble identifié de normes dont il serait possible de déterminer les sources. Au contraire, l'accent mis sur son volet prescriptif¹¹⁷, notamment lorsque ses concepteurs sont critiqués quant au manque de fondements ou d'assise théorique du *GAL*, tend à décrédibiliser

¹¹² Parmi de nombreux exemples, il est loisible de citer celui de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en droit interne français. En jugeant, s'agissant de la condition de nouveauté de la question soumise, qu'« une QPC ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel » (Conseil constitutionnel, Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Considérant n°21), le Conseil prévoit clairement la possibilité de déclarer une question non nouvelle si un raisonnement par analogie permet au juge du fond d'appliquer une solution jurisprudentielle constitutionnelle préexistante. Le juge administratif français use lui aussi du raisonnement par analogie, par exemple en constatant l'inconstitutionnalité d'une disposition qui n'a pourtant pas été examinée par le Conseil constitutionnel lorsqu'elle est identique à une disposition censurée par le juge constitutionnel (CE, 16 janvier 2015, n° 386031, *Société Métropole Télévision*).

¹¹³ Ce raisonnement est même envisagé par l'article 38 §1 c) du Statut de la CIJ, comme le rappelle le juge Tanaka dans son opinion dissidente (CIJ, *Affaire du Sud-Ouest africain* (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), deuxième phase, arrêt du 18 juillet 1966, opinion dissidente du juge Tanaka, *CIJ Recueil 1966*, p. 296). Voir également CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, 11^{ème} éd., Paris, Pedone, Études internationales, 2012, pp. 69-70, p. 334.

¹¹⁴ C'est par exemple le cas de l'article 22.2 du Statut de Rome, qui dispose que « [l]a définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie ».

¹¹⁵ Par exemple dans le cas d'Internet, pour la régulation duquel le raisonnement par analogie est indispensable ; LAGRANGE Philippe, « Internet et l'évolution normative du droit international : d'un droit international applicable à l'internet à un droit international du cyberspace ? », in SFDI, *Internet et le droit international*, Colloque de Rouen, Paris, Pedone, 2014, spéc. pp. 69 et ss.

¹¹⁶ Sur la notion de « droit positif » retenue, voir *infra*, note 118.

¹¹⁷ Voir sur ce point *supra*, §2.

l'hypothèse de la découverte de normes positives, c'est-à-dire existantes en droit positif¹¹⁸ ; celles-ci sont pourtant recensées par la doctrine. Dès lors, il apparaît pertinent d'écarter de l'étude les éléments prescriptifs du projet pour ne conserver que les éléments permettant de dégager les bases d'une catégorie de règles qu'il serait acceptable, en droit positif, de qualifier de « droit administratif global ». Sur la base des éléments positifs dégagés par la doctrine du *GAL*, il est ainsi possible de construire une notion de droit administratif global (**A**) dont le contenu normatif servira de socle à l'étude (**B**).

A – LA NOTION RETENUE DE « DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL »

30. *Position du problème.* Sur la base d'écrits doctrinaux récents dont on a contesté certains aspects terminologiques et méthodologiques, puis constaté qu'ils ne pouvaient servir de champ d'étude en l'état, il s'agit dorénavant de dégager des éléments de droit positif constituant le matériau d'une étude sur leurs sources. La méthodologie juridique classique est de peu de secours face à telle tentative, dans le sens où elle consiste généralement à partir des *sources* pour identifier les normes en vigueur – tandis que l'inverse est ici entrepris. La démarche peut susciter scepticisme voire rejet : ne s'agit-il pas, finalement, de sélectionner ce qui nous convient dans la théorie du *GAL* pour construire à partir de ces éléments une nouvelle théorie ? Le raisonnement ne s'expose-t-il pas à une inévitable circularité, ses conclusions étant prédéterminées par des choix arbitraires mais conscients ? Il faut d'abord s'accommoder de ce que ces écueils ne sont pas totalement surmontables. La définition d'un droit – voire *du* droit – est une construction intellectuelle reflétant nécessairement la conception de son auteur, de sorte qu'il n'existe aucune définition parfaitement *objective* d'un droit, ni de ses sources¹¹⁹. Pour tenter d'échapper à ces critiques tout en admettant qu'elles sont inhérentes à toute recherche juridique, il est proposé

¹¹⁸ La définition du droit positif est assurément malaisée en droit international, comme l'a amplement démontré Roberto Ago dès les années 1950 (ROBERTO Ago, « Droit positif et droit international », *AFDI*, vol. 3, 1957, pp. 14-62). La doctrine contemporaine semble s'accorder pour y voir le « droit en vigueur », sans référence à ses sources, à sa validité à ou son effectivité, mais des sens différents peuvent être donnés à cette expression (*ibid.*, p. 43 et pp. 60-62 ; voir également, sous l'angle du *GAL*, FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 22, pp. 68-76). Sans prétendre arbitrer cette délicate question, l'accent peut être mis sur la distinction entre le droit positif entendu comme le droit *tel qu'il est* et le droit *prescrit*, c'est-à-dire le droit tel que l'observateur suggère qu'il devrait ou pourrait être.

¹¹⁹ Voir sur ce point JESTAZ Philippe, « Définir le droit ... ou l'observer », *RTDCiv*, n°4, 2017, pp. 775-782 et, adoptant le même parti pris, GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, *op. cit.* note 38, p. 31.

d'adopter une méthode que nous considérons comme la plus « objective » possible. Afin de ne conserver que les éléments considérés comme de droit « positif », il convient ainsi, au préalable, d'écarter le cadre conceptuel prescriptif du *GAL* (1). Une fois cette nécessité admise, la méthode consistera d'abord à identifier, au sein des écrits doctrinaux relatifs au *GAL*, ce qui relève du droit positif. Dans un second temps, il s'agira par un raisonnement inductif « classiquement utilisé par la doctrine pour construire les catégories juridiques »¹²⁰ de tenter de dégager, à partir de ces éléments, les caractères généraux du droit administratif global en droit positif (2).

1) La nécessité de s'affranchir du cadre conceptuel du *GAL*

31. *Possibilité d'analyser le GAL sous l'angle du droit positif.* La principale difficulté de l'étude, qui transparait de ce qui précède, est la définition du droit administratif global. L'absence de notion juridique en droit positif ne facilite pas la tâche : ni les droits internes, ni le droit international ne reconnaissent pour l'instant l'existence d'une catégorie juridique dénommée « *GAL* » ou « droit administratif global », laquelle pourrait constituer un indice ou une base de recherche. Par ailleurs, les deux écoles de la doctrine du *GAL* ne s'accordent pas sur la question. En effet, « [s]i Benedict Kingsbury considère le *GAL* comme un facteur de changement du droit positif existant, Sabino Cassese comprend plutôt le *GAL* comme un exemple d'un droit positif global en émergence »¹²¹. Les phénomènes observés sont, au choix, considérés en droit positif comme du non-droit, du droit international public ou privé, du droit administratif international, du droit international administratif ou encore du droit transnational¹²². Il faut donc se contenter de la doctrine, qui servira de base par défaut ; une telle démarche, sans doute critiquable, n'est pour autant pas totalement iconoclaste¹²³. Il apparaît cependant que la doctrine est d'une part

¹²⁰ RAMBAUD Romain, *L'institution juridique de régulation : Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012,

¹²¹ FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, op. cit. note 22, p. 76. Voir également FROMAGEAU Édouard, « The concept of positive law in global administrative law: A glance at the manhattan and italian schools », *E-Publicá – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 2, n°3, 2015, pp. 121-132, expliquant ces différences par des motifs essentiellement culturels, ainsi que la critique de MONIZ LOPES Predro, « Are we positive about positive law in a global sphere? A comment on Edouard Fromageau's « The concept of positive law in global administrative law » », *E-Publicá – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 2, n°3, 2015, pp. 133-143.

¹²² Sur ce terme et son utilisation, voir *infra*, §35.

¹²³ C'est, par exemple, la méthode utilisée par Thomas Perroud pour déterminer la notion juridique d'autorité de régulation. Voir PERROUD Thomas, *La fonction contentieuse*

non unanime, d'autre part souvent imprécise quant au volet positif du projet du GAL. Comme le rappelle Édouard Fromageau, cherchant à déterminer si le GAL peut être qualifié de système juridique, il est « commun de voir décrit le GAL comme un « objet juridique émergent ». Il est cependant moins commun de voir qualifiée la forme juridique sous laquelle ce GAL apparaîtra une fois émergé »¹²⁴. L'auteur ajoute qu'il « n'existe pas de réponse claire et unanime à ce sujet »¹²⁵. La démarche la plus aboutie, à cet égard, semble être celle consistant à le définir comme

« comprenant les mécanismes, principes, pratiques, et arrangements sociaux [...] qui promeuvent ou ont une incidence sur l'*accountability*, c'est-à-dire sur l'obligation de rendre des comptes, des organes administratifs internationaux, en particulier en garantissant qu'ils se conforment à des normes adéquates en matière de transparence, participation, motivation et légalité des décisions, et en fournissant un recours effectif face aux règles et décisions qu'ils émettent »¹²⁶.

Sous l'angle positif et sans préjudice de la définition des « organes administratifs internationaux », cette définition est dans l'ensemble peu satisfaisante. Elle exprime, principalement, une confusion entre les normes primaires et les normes secondaires en cause : ne relèveraient du GAL que les normes *ayant une incidence* sur une série de principes, donc le GAL ne serait constitué que de normes secondaires. En outre, l'inclusion d'un critère qualitatif par la mention de l'« adéquation » des normes à un référentiel indéfini – mais manifestement déterminé de manière axiologique – renvoie à une appréciation subjective du GAL, sans aucun doute liée à la dimension prospective du projet. Cette frilosité doctrinale, volontaire ou non, à définir précisément le GAL sous sa forme positive incite à faire des choix.

32. Nécessité d'une (re)définition du droit administratif global. Le GAL apparaît comme un outil scientifique développé pour expliquer mais surtout favoriser le développement de normes dans le cadre de la globalisation, en s'appuyant sur des notions que la doctrine n'a pas souhaité définir avec précision. Celle-ci a en effet focalisé son énergie sur la recherche d'exemples

des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 127, 2013, notamment pp. 59-70.

¹²⁴ FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 22, p. 19, citant KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit.* note 15, p. 15.

¹²⁵ *Idem.*

¹²⁶ KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit.* note 15, p. 17. Cette traduction française par Aline LEMOINE est issue de l'ouvrage collectif de BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A global administrative law ?*, *op. cit.* note 31, p. 337.

susceptibles, d'une part, d'être interprétés comme relevant du projet, et d'autre part de servir de base analogique pour promouvoir le développement des normes jugées pertinentes. Sans liste ni critère de reconnaissance plus précis des normes en relevant, rechercher les sources du *GAL* en lui-même apparaît donc difficile sinon impossible, mais en outre peu souhaitable dans le cadre d'une étude de droit positif – une telle démarche conservant sans doute un certain degré de pertinence dans le cadre d'analyses historiques ou philosophiques de la doctrine. Le *GAL* constitue un excellent matériau de recherche dont il convient de se démarquer, non pour proposer un nouveau « projet normatif »¹²⁷ concurrent ou intégré¹²⁸, mais pour l'envisager comme la base d'une réflexion de droit positif. Il est pour ce faire indispensable d'engager un processus de réflexion afin de déterminer dans quelle mesure certains éléments du projet « *GAL* » peuvent donner lieu à une telle recherche. Cette entreprise implique d'abandonner dès maintenant la terminologie du « *GAL* » au profit de la mise en évidence d'une notion de « droit administratif global » ouvrant des perspectives de droit positif.

33. « **Droit administratif global** » et non « **GAL** ». Dans la présente étude, seule l'expression française « droit administratif global » sera employée. Ce choix est d'abord justifié par l'impératif de ne pas faire coïncider le champ d'analyse de l'étude au projet du *GAL* tel que pensé par ses créateurs, auquel on fera à partir de dorénavant systématiquement référence en employant le nom anglais du projet¹²⁹. Le *GAL* présente une importante – sinon principale – dimension prospective n'intéressant pas directement l'analyse menée, qui se réclame du positivisme – entendu généralement comme la démarche tendant à observer la réalité du droit tel qu'il existe, et non tel qu'il pourrait ou devrait être¹³⁰. Les travaux menés par cette école seront utilisés comme base de

¹²⁷ Cette expression est également employée pour désigner le *GAL* ; voir KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit.* note 15, p. 42 ou HENNEBEL Ludovic, « Penser le droit administratif global. Scepticisme, idéalisme et pragmatisme », in BORIES Clémentine (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ?*, *op. cit.* note 31, p. 79.

¹²⁸ Comme le rappelle Jean-Marc Thouvenin : « s'il apparaît que l'école de la *Global Administrative Law* essaime, elle le fait de manière assez anarchique. Des courants s'en réclamant naissent ici et là tout en affirmant immédiatement leur différence » (THOUVENIN Jean-Marc, « Conclusions générales », *op. cit.* note 37, p. 334).

¹²⁹ Dans le même sens et utilisant exclusivement le terme anglais « pour mettre en lumière le fait qu'il est question d'une théorie ou d'un courant doctrinal et non d'un droit », voir COLEMAN Philippe, « La reconnaissance/construction de principes par le courant du *global administrative law*, in GONOD Pascale, ASCENSIO Hervé (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, *op. cit.* note 35, p. 75, note infrapaginale n°1.

¹³⁰ Le « positivisme » ainsi conçu se distingue clairement du « positivisme volontariste », bien que le premier terme soit trop souvent employé comme diminutif du second. Le « positivisme » désigne une méthode d'observation et d'appréhension du droit, tandis que la seconde expression désigne une école doctrinale qui « repose, pour l'essentiel,

recherche et à titre d'illustration de certaines normes et sources *existantes* du droit. Mais l'abandon du cadre conceptuel prescriptif du *GAL* invite également à s'interroger sur les limites assignées par ses concepteurs, notamment lorsque ceux-ci ont entendu exclure telle ou telle institution du champ d'analyse¹³¹. Une réévaluation de ces choix à l'aune de l'impératif de mise en évidence du droit positif invitera ainsi à inclure l'intervention normative de certains acteurs de la globalisation dans le champ d'analyse, quand bien même ceux-ci auraient été écartés par la doctrine du *GAL*. L'emploi de la traduction française incite enfin à ne pas entendre l'expression « *administrative law* » comme une émanation exclusive de la doctrine administrativiste américaine, sans pour autant raisonner uniquement sur la base de la doctrine administrative française. En d'autres termes, la notion doit être intégralement reconstruite ; mais renoncer au cadre prescriptif d'analyse du *GAL* n'implique pas pour autant de rejeter toutes ses composantes, sans quoi l'intitulé de l'étude n'aurait pas grand sens.

2) La détermination des caractères du droit administratif global

34. *Droit administratif global ou droit global administratif*. La méthodologie choisie consiste à distinguer les éléments pertinents pour l'étude, de ceux qui ne permettent pas de dégager une définition positive du droit administratif global. Pour ce faire, il faut tenter d'induire de la présence de caractères déterminés – en partie par la doctrine du *GAL* – l'existence d'une catégorie de normes que la notion ainsi (re)construite permettrait de désigner, en considérant qu'une notion n'est rien d'autre qu'une « connaissance élémentaire, intuitive ou vague de quelque chose »¹³². Or, l'une des intuitions, nécessairement subjectives, qui a guidé cette démarche est celle selon laquelle l'expression « droit administratif global » est *in fine* adaptée pour décrire les phénomènes juridiques positifs analysés par la doctrine du *GAL*. Le

sur l'idée que les normes juridiques internationales sont le fruit d'un acte de volonté des États et de procédés de création du droit extériorisés et préétablis à cette fin » (DUPLESSIS Isabelle, « Le vertige et la *soft law* : Réactions doctrinales en droit international », *RQDI*, Hors-série Hommage à Katia Boustany, 2007, p. 254, note 30). Voir également *supra*, note 118 concernant l'utilisation de l'expression « droit positif ».

¹³¹ L'on pense notamment aux entreprises transnationales, lorsqu'elles interviennent dans certains domaines ; voir *infra*, §36.

¹³² MONJAL Pierre-Yves, « Au fondement du droit de l'Union européenne. Recherches doctrinales sur le concept de « commun » », *RDP*, 2007, n° 5, p. 1306. Voir également les développements, sur la base des sciences sociales, concernant la différence entre la « notion » et le « concept », le premier étant moins rigoureusement défini que le second et désignant un « objet général et abstrait en prise avec le réel et certaines valeurs » par BARBAUD Marc-Olivier, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 552, 2014, pp. 8-9 (la citation est extraite de la p. 9).

développement fulgurant et constaté par la doctrine de médiateurs, de recours ouverts aux individus, de mesures de transparence au sein des organisations internationales ou encore les obligations de publicité, de présentation de comptes et de protection de l'environnement pesant sur les entreprises transnationales dont les activités ont des effets à l'échelle planétaire, nous semblent en effet pouvoir être analysés de manière conjointe et sous l'angle d'un « droit administratif global ». Dans la mesure où l'exposé « d'une notion juridique ne peut faire l'économie d'une formulation construite autour ou sur des critères [...] »¹³³, la notion désignée par l'expression peut être dégagée en étudiant d'abord ses composantes, qui constituent ses caractères intrinsèques et impliquent sa nature comme sa fonction : il s'agit d'un droit « global » (a) et d'un droit « administratif » (b). L'inversion des caractéristiques proposée par ce plan amène bien sûr à s'interroger sur la pertinence de l'expression « droit administratif global » choisie. Ne devrait-on pas dire « droit global administratif », étant entendu que ce droit est d'abord global, ensuite administratif ? La question n'a en réalité pas grande importance, dans la mesure où les deux éléments sont cumulatifs, et qu'en fonction du caractère étatique ou non de l'acteur global soumis ou générateur de droit administratif global, l'on pourra – par exemple – considérer que les règles relèvent d'abord du droit administratif interne d'un État ou d'une organisation, ou principalement du droit international classique. Si la traduction en français a revêtu une importance significative au regard de la démarche entreprise, l'inversion des termes apparaît à ce stade cosmétique, et la présentation adoptée relève avant tout d'un souci de clarté.

a) *Le caractère « global » du droit administratif global*

35. Intérêt d'une approche simplifiée du phénomène juridique. À l'occasion d'une réflexion sur le droit global, Hervé Ascensio indique qu'une manière « prometteuse de concevoir l'étude du droit global consiste, d'une part, à repenser la base sociale du droit, d'autre part à revenir aux outils conceptuels les plus simples de la pensée juridique, sans idée préconçue à propos des systèmes »¹³⁴. Cette approche paraît parfaitement adaptée à l'étude du droit administratif global dans sa dimension positive, mais aussi à l'étude des phénomènes normatifs causés par la globalisation, qui impliquent parfois plusieurs ordres juridiques et des interactions complexes. En ce sens, elle se rapproche finalement de la notion de « droit transnational » de Jessup :

¹³³ MONJAL Pierre-Yves, « Au fondement du droit de l'Union européenne. Recherches doctrinales sur le concept de « commun » », *ibid.*, p. 1309.

¹³⁴ ASCENSIO Hervé, « Du droit international classique au droit global », in CHÉROT Jean-Yves, FRYDMAN Benoit (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, op. cit. note 68, p. 138. Il faut noter qu'il ne s'agit pas d'une définition du droit global mais d'une vision de l'étude du droit global.

« [t]ransnational law then includes both civil and criminal aspects, it includes what we know as public and private international law, and it includes national law, both public and private »¹³⁵. Cette proximité amène d'ailleurs certains auteurs contemporains à plaider pour l'utilisation du terme « transnational » plutôt que « global », au motif que le premier exprimerait « l'actualité de la recherche qui rend à réévaluer le rôle des États dans cette mondialisation du droit et s'oppose à ce droit sans État »¹³⁶. Comme le rappelle Alain Pellet, l'auteur américain désignait par cette expression « l'ensemble des règles – nationales, internationales, privées, canoniques, propres aux organisations internationales, etc. – s'appliquant à de telles relations, quel que soit leur objet »¹³⁷. De nos jours, « [l]'épithète transnational se réfère plus correctement à une forme d'autonomie que les entreprises ayant des établissements dispersés sur les territoires de plusieurs États ont su conquérir à l'égard de chacun de ceux-ci »¹³⁸ ; ou encore, la transnationalité d'une situation « provient de ce qu'elle dépasse le cadre d'un seul ordre juridique étatique et, partant, aucun d'entre eux n'est en mesure d'exercer sur elle une autorité effective. Il s'agit donc d'une situation objet d'une plurilocalisation »¹³⁹. Dans la lignée de ces approches, il sera considéré que le droit transnational désigne les « normes applicables à des relations transfrontières impliquant au moins un acteur non-étatique »¹⁴⁰, contrairement au droit global qui peut également désigner des situations purement interétatiques. La filiation du droit global tel qu'envisagé avec le « *transnational law* » de Jessup n'est pour autant pas reniée ; mais il apparaît, d'une part, que les divers sens qu'a donnés la doctrine à cette dernière expression ne facilitent pas son utilisation dans son acception première, tandis que le « droit global », sous sa forme positive, jouit pour l'instant d'une relative neutralité scientifique. D'autre part, le vocable « global » présente un lien

¹³⁵ JESSUP, Philip C., *Transnational law*, New Haven / London, Yale University Press / Cumberlege, 1956, p. 106.

¹³⁶ LHUILIER Gilles, *Le droit transnational*, *op. cit.* note 67, p. 9.

¹³⁷ PELLET Alain, « Les transformations de la gouvernance mondiale », in SFDI, *L'État dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, Paris, Pedone, 2013, p. 566.

¹³⁸ RIGAUX François, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI*, vol. 213, 1989, p. 335. L'auteur évoque les *situations* transnationales, et non le droit transnational à proprement parler.

¹³⁹ OSMAN Filali, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 224, 1992, p. 9

¹⁴⁰ PELLET Alain, « Les transformations de la gouvernance mondiale », *op. cit.* note 137, p. 566. Parmi une très abondante biographie sur la définition du droit transnational et l'opportunité d'un tel vocable, voir en particulier RIGAUX François, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, pp. 369-372 ; ROBERT Jean, *Le phénomène transnational*, Paris, LGDJ / Éditions de l'AFA, 1988, pp. 1-8 ; LATTY Franck, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, pp. 10-21 ; CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, *op. cit.* note 113, pp. 69-70 ; KAMTO Maurice, *Droit international de la gouvernance*, Paris, Pedone, 2013, pp. 35-37.

lexical irrésistible avec la globalisation, phénomène qui a multiplié les situations transnationales – au sens de Jessup comme au sens moderne – et implique aujourd’hui un regard différent sur le droit applicable à des situations qui n’existaient pas au moment où l’auteur américain écrivait.

36. Définition proposée de la notion. Sur la base de ce qui précède, il est possible de proposer une approche simplifiée du droit global, lequel reflète une vision elle-même simplifiée du phénomène juridique. En ce sens, le droit global peut être considéré comme composé de l’ensemble des normes, générées ou conditionnées par la globalisation des activités humaines, qui sont applicables aux relations entre plusieurs acteurs hors ou au-delà de l’ordre juridique étatique, sans préjudice de leur mode de formation ni du statut desdits acteurs dans d’autres ordres juridiques. Cette proposition de définition inclut donc le droit international public, sans s’y limiter ; elle permet ce faisant de décentrer¹⁴¹ l’analyse classique de ces normes du prisme étatique ou interétatique en faveur d’une vision neutre, qui n’ignore pas leur rattachement aux ordres juridiques tout en ne le considérant pas comme le seul prisme d’analyse possible. Demeure la question des « acteurs », qui peuvent être dans un premier temps¹⁴² définis comme toutes les personnes, privées ou publiques, physiques ou morales, menant des relations économiques, politiques et juridiques dans le cadre de la globalisation – celle-là même qui constitue la cause¹⁴³ de l’émergence des normes étudiées. Dans ces conditions, il n’y a pas de raisons d’exclure de l’analyse du droit administratif global, comme le fait pourtant la doctrine du *GAL*, les entreprises transnationales¹⁴⁴. En effet et d’une part, ces dernières

¹⁴¹ Décentrer, et non recentrer sur un autre type d’acteur ou de sujet : le droit global – et, partant, le droit administratif global – est vu comme « polycentrique » dans la doctrine du *GAL* (voir par exemple FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 22, pp. 33-34), ce qui ne paraît pas contrevenir à l’observation du droit positif.

¹⁴² La question sera débattue *infra*, §§46-49.

¹⁴³ Par cause, il est ici entendu que la globalisation est le premier facteur d’émergence des normes étudiées, par le fait qu’elle crée des situations juridiques nouvelles qu’il devient à un moment *nécessaire* de réguler ou de réglementer.

¹⁴⁴ Sur la définition de l’entreprise transnationale, et notamment l’utilisation du terme « transnational » plutôt que « multinational », nous partageons la position d’Alain Pellet : « « entreprises » vaut mieux que « sociétés » car le mot est juridiquement neutre et ne préjuge pas la qualification juridique de l’entité en cause dans un droit interne particulier. J’ai plus de doute sur l’adjectif « multinationales » : il suppose une pluralité de nationalités [...]. « Transnationales » rend mieux compte de la réalité de ce que l’on entend décrire : des créatures (des entreprises...) dont les activités se déploient à travers les frontières, quelle que soit leur nature juridique – ou celle(s) des entités qui les composent » (PELLET Alain, « Préface », in SFDI, *L’entreprise multinationale et le droit international*, Colloque de Paris 8 Vincennes – Saint-Denis, Paris, Pedone, 2017, pp. 3-4. Sur le plan technique, l’on peut se référer à la proposition de Yann Kerbrat, selon lequel la notion est à géométrie variable et nécessairement

existent, ou à tout le moins peuvent mener certaines de leurs activités ayant un rayonnement transnational, du fait de la mondialisation¹⁴⁵. D'autre part, il n'est pas niable que certaines de leurs décisions – en matières environnementale et numérique notamment – revêtent des effets dans le monde entier. Enfin et surtout, la similitude des normes qu'elles s'auto-imposent, ou qui leurs sont imposées, avec d'autres normes analysées comme relevant du *GAL*, notamment en matière environnementale et de responsabilité sociale des entreprises, rendrait peu compréhensible leur exclusion du champ de la présente recherche¹⁴⁶.

37. *Rapports entre droit global et droit international : position du GAL.*

Une autre question anime particulièrement la doctrine amenée à s'intéresser à la définition du droit global ou au *GAL* en particulier : doit-on considérer que le droit administratif global, et le droit global en général, relève du droit international public ? La conception initiale du *GAL* repose sur le constat de l'existence de « nouveaux acteurs » que le droit international ne serait pas apte à prendre en compte, selon ses fondateurs. En effet, « pour la quasi-totalité des internationalistes contemporains, l'inter-étatisme reste consubstantiel au droit international public, dont il fournit la super-structure »¹⁴⁷. Le *GAL* se propose donc de dépasser cette conception, ou, à tout le moins, d'ouvrir une piste afin de tenir compte du caractère stato-centré du droit international¹⁴⁸ inapte, toujours selon cette doctrine, à se saisir de toutes les situations générées par la

fonctionnelle. Voir KERBRAT Yann, « Les manifestations de la notion d'entreprise multinationale en droit international », *ibid*, pp. 57-69.

¹⁴⁵ Cette position est d'ailleurs défendue par certains observateurs français critiquant le droit administratif global ; voir THOUVENIN Jean-Marc, « Conclusions générales », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ? / A global administrative law ?*, *op. cit.* note 31, p. 330.

¹⁴⁶ D'autres auteurs critiques aboutissent à des conclusions proches ; voir notamment ASCENSIO Hervé, « Les principes communs de procédure administrative en droit international économique », in GONOD Pascale, ASCENSIO Hervé (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, *op. cit.* note 35, pp. 66-67 : « [o]n pourrait même penser que ce mouvement [de procéduralisation] ne se limite pas aux États mais produit également des effets dans le fonctionnement interne des opérateurs économiques, notamment des entreprises multinationales. Les normes internationales de droit souple relatives à leur responsabilité sociétale et environnementale, axées sur des devoirs de transparence et de diligence, peuvent être comprises comme une tentative d'extension de la procédure administrative aux acteurs privés, en raison de préoccupations d'intérêt général ».

¹⁴⁷ ASCENSIO Hervé, « Du droit international classique au droit global », in CHÉROT Jean-Yves, FRYDMAN Benoit (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, *op. cit.* note 68, p. 132.

¹⁴⁸ Dans le même sens, voir MEGRET Frédéric, « L'étatisme spécifique du droit international », *RQDI*, vol. 24.1, 2011, pp. 105-129 et notamment la note 71 (p. 127), où l'auteur appelle « à en finir avec ce formalisme [stato-centré] pour dégager un paradigme plus adapté à la réalité », évoquant l'idée de pluralisme juridique global.

globalisation. La question des rapports entre le GAL et le droit international ne se pose en réalité pas dans le cadre de l'approche retenue ; elle a par ailleurs fait l'objet d'une thèse récente qui se donnait justement pour finalité de déterminer la nature des interactions, de manière conceptuelle et pratique, entre GAL et droit international public, en s'appuyant sur la théorie des institutions¹⁴⁹. Attentif au postulat selon lequel le droit international classique, tel que pris en compte par les promoteurs du GAL, est caractérisé par son stato-centrisme, Édouard Fromageau conclut qu'il convient de séparer l'expression « droit administratif global » de sa substance – laquelle vient effectivement combler des lacunes, au moins paradigmatiques, du droit international¹⁵⁰. Pour lui, et après examen des mêmes phénomènes sous l'angle du droit international public et sous celui du GAL, c'est surtout la notion de personnalité juridique internationale, telle que conférée par le droit international public actuel, qui doit être repensée pour répondre à l'évolution du monde¹⁵¹. Cette approche théorique, consistant à appliquer deux grilles de lecture aux mêmes phénomènes puis à comparer les résultats obtenus, ne correspond pas à l'objectif de la présente étude. Il s'agit ici d'observer des phénomènes juridiques de droit positif, puis de vérifier dans quelle mesure la théorie générale des sources du droit permet de les appréhender.

38. Position retenue : une différence de nature. Par ailleurs, le présupposé des concepteurs du GAL, selon lequel le droit international serait incapable d'appréhender un certain nombre de situations engendrées par la globalisation et considérées assez subjectivement comme problématiques, n'est pas admis comme prémisse de cette étude. Il semble en effet que cette appréciation résulte d'un positionnement doctrinal spécifique. Une autre partie de la doctrine considère à l'inverse que, « ensemble d'instruments dotés d'une grande plasticité, propre à s'adapter à la spécificité des matières très diverses qu'on lui donne à traiter, le droit international n'a pas de vocation limitative »¹⁵², et plus encore, qu'il « a, quoi qu'il en soit, manifesté dans les dernières décennies son égale aptitude à réguler les champs les plus divers de l'activité internationale »¹⁵³. Si l'on adhère totalement à ces propos, une autre difficulté

¹⁴⁹ FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, op. cit. note 22.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 222-223.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 218.

¹⁵² DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, 10^{ème} éd., Paris, Dalloz, Précis, 2010, p. 588.

¹⁵³ *Ibid.* Dans le même sens, voir LATTY Franck, *La lex sportiva – Recherche sur le droit transnational*, op. cit. note 140, p. 83, citant DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 652 : « De même que le champ matériel de compétences de l'État au niveau interne est illimité, l'intervention régulatrice du droit international ne connaît pas de zone impénétrable. [...] Nul secteur d'activité humaine n'est en effet suffisamment spécifique pour lui échapper »,

apparaît : contribuer à une recherche sur le droit global « risque de dénaturer une partie de la dynamique complexe » du droit international, si l'on en croit d'autres auteurs¹⁵⁴. Le risque paraît cependant évitable. En effet, le droit international est un ordre juridique¹⁵⁵ qui a structurellement pour objet les relations interétatiques, de sorte qu'il est soit « traditionnellement défini par ses sujets plutôt que par son objet »¹⁵⁶, soit défini par ses sources¹⁵⁷. La définition proposée du droit global implique que ce dernier n'est pas, *a priori*, un ordre juridique ou à tout le moins qu'il ne s'agit pas là d'un élément de sa définition ; par ailleurs il n'est pour l'instant pas défini ni par ses sujets, ni par ses sources mais par son contenu. Le droit global n'a ainsi pas pour objet les relations entre des sujets définis et ne s'identifie pas par ses modes de formation, mais rassemble toutes les normes issues de divers ordres juridiques, dès lors qu'elles sont matériellement en lien avec la globalisation. Il existe donc une différence de *nature* entre un droit international schématiquement défini soit par ses sujets, soit par ses modes de formation, et un droit global fondamentalement défini par son objet – les conséquences de la globalisation. Quand bien même l'on objecterait qu'une analyse fonctionnaliste de ces deux ensembles serait préférable, celle-ci n'aboutit pas à un résultat différent¹⁵⁸.

bien que « le droit international demeure essentiellement interétatique » (*ibid.*, p. 664).

¹⁵⁴ FORTEAU Mathias, « Le droit administratif global, signe d'une évolution des techniques du droit international ? », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ? / A global administrative law ?*, *op. cit.* note 31, p. 174.

¹⁵⁵ Parmi de nombreuses références, voir KOLB Robert, *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 271 et p. 548.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 56.

¹⁵⁷ Plusieurs auteurs définissent encore largement le droit international par ses sources. Voir ainsi, outre la référence *supra*, note 152, SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, pp. 39 et suivantes – bien que ne s'appuyant pas uniquement sur ses sources. Voir également THOUVENIN Jean-Marc, « Ordre juridique de l'Union européenne et droit international : ignorance, soumission, révolte ? », in BENLOLO-CARABOT Myriam, CANDAS Ulaş, CUJO Églantine (dir.), *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, Cedin, 2012, pp. 854-855 (« en relèvent les normes [...] d'origine internationale. [...] [L]e droit est international lorsqu'il émane de sources internationales – c'est-à-dire non exclusivement internes » ; italique dans l'original). Dans un ordre d'idées comparable, Serge Sur considère que « tout le droit international est contenu » dans l'article 38 du Statut (SUR Serge, « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 363, 2012, p. 306). Preuve que cette démarche ne fait cependant pas l'unanimité, Alain Pellet relève que faire de l'article 38 « la matrice de la définition même du droit international » est « abusif » (PELLET Alain, « Note de lecture », *AFDI*, vol. 60, 2014, p. 912).

¹⁵⁸ Une analyse fonctionnaliste consisterait par exemple à constater que le droit international a pour fonction de réglementer les rapports entre les entités dotées de la personnalité juridique internationale, tandis que le droit global a pour fonction de réglementer les rapports nés du fait de la globalisation – incluant donc le droit international. Dans cette mesure, il serait possible d'avancer que la différence n'est

b) *Le caractère administratif du droit administratif global*

39. *Difficultés à définir un « droit administratif »*. Comment qualifier une norme d'administrative par nature ? La question est loin d'être résolue par la doctrine, et ramène à celle de la définition du droit administratif. Les travaux de la doctrine française, qui s'est particulièrement attachée à résoudre cette question du fait de la place spécifique du droit administratif dans l'histoire du droit et des institutions en France, peuvent constituer une première base de recherche, à condition d'élargir rapidement le propos. Il faut en effet rappeler que le droit administratif français est tout à fait exceptionnel dans le paysage juridique mondial, atteignant un degré de complexité¹⁵⁹ mais aussi d'originalité qui rend presque malaisée l'appréhension du *GAL* par les administrativistes français, le projet étant largement inspiré de principes de droits administratifs étrangers¹⁶⁰. Au-delà des tentatives de définition du droit administratif par des critères¹⁶¹, qui ne relève pas que du « temps des cathédrales »¹⁶², Yves Gaudemet estime que le droit administratif peut être défini comme « la branche du droit public interne qui étudie l'organisation et l'activité de ce qu'on appelle couramment l'administration, c'est-à-dire l'ensemble des autorités, agents et organismes, chargés, sous l'impulsion des pouvoirs politiques, d'assurer les multiples interventions de l'État et des collectivités locales »¹⁶³. Prosper Weil et Dominique Pouyaud résumant ainsi la conception classique du droit administratif – avant de démontrer qu'elle n'est plus valable : « la collectivité publique agissant dans un but d'intérêt général avec des moyens exorbitants du

pas de nature mais de degré. Cette affirmation ne résiste cependant pas à l'analyse : il s'agit toujours d'une part d'un droit centré sur sources des normes réglementant les relations entre des acteurs d'une part, et d'un droit focalisé sur les relations causées par un phénomène d'autre part, ce qui constitue bien une différence de nature.

¹⁵⁹ Sur ce point, voir PONTIER Jean-Marie, « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, pp. 187 et ss.

¹⁶⁰ Le droit administratif français présente plusieurs spécificités qui font son originalité : il est notamment ancien, prétorien, évolutif, lié aux transformations de l'action publique et protecteur des citoyens – sans parler du modèle de dualisme juridictionnel qu'il implique. Pour une présentation synthétique de ces particularités, voir PONTIER Jean-Marie, « *Le droit administratif français* », in DUBREUIL Charles-André (dir.), *L'évolution du droit administratif en France et en Russie*, Paris, PUF, 2016, pp. 1-20.

¹⁶¹ Voir sur la question l'éclairante introduction de MURGUE-VAROCLIER Paul-Maxence, *Le critère organique en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 306, 2018, pp. 6-21.

¹⁶² BURDEAU François, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, p. 323.

¹⁶³ GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif*, Tome 1, Droit administratif général, Paris, LGDJ, 16^{ème} éd., 2001, p. 11.

droit commun »¹⁶⁴. En Allemagne, si la doctrine classique a pu considérer que l'expression « droit administratif » ne désignait pas, « au contraire d'en France, une sorte particulière de droit »¹⁶⁵ mais « le droit public établi à la mesure des nécessités de l'administration publique »¹⁶⁶, elle estime de nos jours qu'il s'agit du « corps des règles juridiques [...] qui s'appliquent de manière spécifique à l'administration »¹⁶⁷. Sans qu'il soit nécessaire – ni possible – d'exposer l'état complet de la doctrine interniste sur la question, il est notable que, quelle que soit l'acception retenue, « la définition du droit administratif comporte [...] une certaine part de relativité ou d'imprécision et même, à certains égards, d'arbitraire »¹⁶⁸. Aussi s'avère-t-il aussi difficile de définir un droit administratif que de comparer entre eux des droits dits administratifs¹⁶⁹. Tout au plus peut-on en retirer quelques rares éléments communs. Ainsi Frédéric Rolin relève-t-il que les droits administratifs présentent au moins deux caractéristiques communes : d'une part, un système d'allocation et de vérification des compétences, d'autre part un corpus de procédés dits « administratifs », c'est-à-dire d'actes pouvant fixer des règles de comportement, déterminer des allocations de droits, fonder ou institutionnaliser le fonctionnement d'une administration, ou encore sanctionner¹⁷⁰. Le problème majeur de ces deux dénominateurs communs est qu'ils peuvent tout autant servir à désigner un droit « administratif » qu'un droit « constitutionnel », qu'un droit « public », voire qu'un ordre juridique entier. À ce stade, il est tentant de conclure que l'existence d'une spécificité *du* droit administratif est introuvable.

40. *Spécificité de chaque droit administratif*. Frédéric Rolin relativise son propos et conclut ainsi :

¹⁶⁴ WEIL Prosper, POUYAUD Dominique, *Le droit administratif*, Paris, PUF, Que sais-je ?, n° 1152, 23^{ème} éd., 2010, p. 27.

¹⁶⁵ FLEINER Fritz, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, traduit par Charles EISENMANN, Paris, LGDJ, 1933, p. 44.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ MAURER Helmut, *Droit administratif allemand*, traduit par Michel FROMONT, Paris, LGDJ, 1994 (édition originale : München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992), p. 36.

¹⁶⁸ DE LAUBADÈRE André, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1953, p. 11. Le constat demeure le même aujourd'hui.

¹⁶⁹ Comme l'exprime clairement F. Haut, « [c]omparer l'incomparable, c'est un peu la gageure de ceux qui veulent appliquer la méthode comparative au droit administratif : en cette matière, que chacun n'entend pas dans le même sens, se dénombrent une diversité de conceptions, de règles et d'institutions » (HAUT François, « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *RIDC*, vol. 41, n°4, Octobre-décembre 1989, p. 907.)

¹⁷⁰ ROLIN Frédéric, « Qu'est-ce qu'un droit administratif ? », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ? / A global administrative law ?*, op. cit. note 31, pp. 119-124.

« si l'analyse des pratiques administratives et des théories du droit administratif permet de mettre en évidence des analogies de structures, et sans doute de faire émerger l'idée que les droits administratifs présentent des identités suffisamment nombreuses pour qu'on puisse considérer qu'il existe bien « un droit administratif » délimité par ces identités, il ne faudrait pas essentialiser la somme de ces identités et considérer que cet ensemble commun constitue « le droit administratif », et que les notions propres à des ensembles nationaux ou régionaux ne seraient que des notions accidentelles et inutiles pour définir chaque droit administratif »¹⁷¹.

Ces éléments appellent plusieurs remarques. Tout d'abord, rien n'empêche manifestement l'existence d'un droit administratif global, quand bien même il ne serait pas sécrété par un État ou un pouvoir centralisateur. D'autre part, chaque droit administratif possède ses spécificités – et ses propres fondements téléologiques, le cas échéant. Il convient donc de ne pas considérer comme nécessaire de retrouver dans le droit administratif global des éléments essentiels des droits administratifs nationaux, sauf à rechercher, à titre explicatif ou critique, les traces d'influence des droits administratifs existant dans les États d'origine des auteurs de la doctrine du droit administratif global. Ce dernier point ouvre également une perspective intéressante : si chaque droit administratif, national ou régional, dispose de ses spécificités, il n'y a pas de raison pour que le droit administratif global, s'il existe sous sa forme positive, n'en dispose pas. Il s'agira donc de rechercher les éléments communs du droit administratif précités, sans chercher à y déceler artificiellement une similarité avec un droit administratif national ; cette conclusion utile à l'analyse des sources du droit administratif global est néanmoins de peu de secours dans la tentative de définition du caractère administratif de ce droit.

41. Fonction sociale secondaire du droit administratif. C'est dans l'examen des fonctions du droit généralement désigné comme administratif qu'il paraît possible de déceler un critère permettant de définir cette caractéristique, sur la base des propos qui précèdent. L'existence d'une fonction sociale secondaire du droit administratif est en effet une caractéristique commune à l'ensemble des droits administratifs. Toute norme a une fonction, c'est-à-dire qu'elle vise, en tant qu'instrument de direction ou de guidage des conduites humaines¹⁷², à s'acquitter d'une mission particulière. La fonction sociale du droit et l'importance qu'il faut y accorder ont fait l'objet de nombreux

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 126.

¹⁷² AMSELEK Paul, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, n°10, 1989, p. 9.

débats¹⁷³ ; Léon Duguit va jusqu'à affirmer que c'est cette fonction sociale, qu'il traduit par le service public, qui fonde dorénavant le droit public¹⁷⁴. L'on considèrera ici que la fonction sociale de la norme se révèle sur deux plans distincts ; co-existent ainsi la fonction sociale première ou primitive du droit administratif – l'allocation et la vérification des compétences évoquées *supra* – et une fonction sociale secondaire qui réside dans les conséquences de la norme pour l'administré. En effet, l'on observe que les administrés, désignés comme membres de la société civile, sont de plus en plus soucieux de la légitimité des décisions prises par les administrations, et plus largement par toute institution dotée du pouvoir de prendre des décisions les affectant. Ce phénomène relativement inconnu à l'époque de Duguit est né et a progressé du fait de l'évolution des technologies d'information des administrés, mais aussi de la globalisation et de la multiplication des institutions habilitées à prendre de telles décisions, parfois hors du cadre et du contrôle étatique. Jean Rivero en identifie un volet lorsqu'il évoque de manière comparée l'essence du droit administratif : « [c]ette essence, il faut sans doute la chercher ailleurs que dans les techniques – fussent-elles aussi capitales que celles par lesquelles la règle est créée – et plus haut : dans la volonté de soustraire le citoyen à l'arbitraire »¹⁷⁵. Cette « préoccupation de rapprocher l'administration des administrés [...] est, à notre époque, beaucoup plus présente et ne cesse de se traduire par de notables renforcements des droits et garanties des administrés »¹⁷⁶, en droit administratif français, jusqu'à approcher d'une certaine « démocratie administrative » dont relèvent, pêle-mêle, l'accès au droit, la transparence, la participation ou encore le droit de s'adresser à l'administration¹⁷⁷. Ce phénomène, lié aux évolutions sociales d'après-guerre puis technologiques, se retrouve dans la plupart des

¹⁷³ On retrouve ce débat chez Habermas et Luhmann, notamment. Voir RABAULT Hugues, « La nature et la fonction de la théorie du droit dans la sociologie de Niklas Luhmann. Vers une rénovation de l'épistémologie du droit ? », *Droits*, n°33, 2011, p. 203, note 1.

¹⁷⁴ Le doyen de Bordeaux écrit ainsi : « [I]e droit public est le droit objectif des services publics. De même que le droit privé cesse d'être fondé sur le droit subjectif de l'individu, sur l'autonomie de la personne même et repose maintenant sur la notion d'une fonction sociale s'imposant à chaque individu, de même le droit public n'est plus fondé sur le droit subjectif de l'État, sur la souveraineté, mais repose sur la notion d'une fonction sociale des gouvernants, ayant pour objet l'organisation et le fonctionnement des services publics » (DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Amand Colin, 1913, pp. 52-53).

¹⁷⁵ RIVERO Jean, « Réflexion sur les sources comparées des droits administratifs », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 146.

¹⁷⁶ CHAPUS René, *Droit administratif général*, tome 1, 15^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 476.

¹⁷⁷ TRUCHET Didier, *Droit administratif*, 4^{ème} éd., Paris, PUF, Thémis droit, 2011, pp. 146-156. Pour une étude approfondie en droit administratif interne, voir TESTARD Christophe, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 304, 2018, 765 p.

États du monde – sinon tous ; par exemple aux Pays-Bas¹⁷⁸ ou aux États-Unis¹⁷⁹, dont les systèmes sont très différents. L'on peut ainsi constater que la norme administrative, en garantissant le respect des compétences, imposant des conditions à la validité de la norme émise par l'institution et offrant un certain nombre de garanties aux administrés, remplit un rôle de *légitimation* de l'institution et, par extension, des normes secrétées. Dès lors, il est possible de soutenir – à condition de ne pas y voir une grille de lecture systématique des droits administratifs nationaux existant – que le terme « administratif » peut, dans l'absolu, être utilisé pour qualifier des normes visant à encadrer l'exercice concret du pouvoir afin de limiter son arbitraire et de le rendre plus légitime.

42. *Légitimité et droit administratif global.* Un rapide examen des différentes normes considérées par la doctrine comme relevant du *GAL* conduit à un constat sans appel : à l'inverse des droits administratifs nationaux au sein desquels la fonction légitimatrice n'est apparue que récemment, la fonction du *GAL* est prioritairement de rendre plus *légitimes* les décisions prises par certains acteurs intervenant dans la globalisation¹⁸⁰. La démarche prescriptive du projet est d'ailleurs fondée sur l'observation du développement de cette fonction en droit positif, laquelle préexiste à la conception du *GAL*. Dans la mesure où elle relève d'un phénomène positif considéré comme commun à toutes les normes concernées, cette fonction des normes analysées peut à notre sens être entendue comme fondant le critère matériel du droit administratif global positif existant.

43. *Critère retenu de l'« administrativité » des normes de droit administratif global.* Au regard de tout ce qui précède, peuvent donc être qualifiées d'administratives, dans le cadre de la notion proposée de droit administratif global, non pas les règles décidées par des acteurs de la

¹⁷⁸ DE WAARD Boudewijn W.N., DE MOOR-VAN VUGT Adrienne J.C., « Les changements récents dans le droit administratif néerlandais », in MARCOU Gérard (dir.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergence*, Paris, L'Harmattan, Logiques juridiques, 1995, p. 231 : « l'évolution sociale des années 1960 et le besoin de plus de démocratie et de participation plus grande ont amené à modifier la législation pour permettre aux citoyens de participer aux décisions administratives, d'une part, et de déposer des plaintes relatives à la façon d'agir de l'administration, d'autre part ».

¹⁷⁹ CUSTOS Dominique, « Chapitre 3. Caractères essentiels du droit américain de la procédure administrative », in AUBY Jean-Bernard (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit administratif / Administrative Law, 2016, p. 47. L'ouvrage fournit également des éléments confirmatifs de ces propos pour de nombreux États. Le principe de participation à la règle administrative fait par exemple l'objet d'un titre complet, prouvant qu'il existe, sous des formes et modalités diverses, en Italie, en Allemagne, au Brésil, en Espagne, aux États-Unis, et dans l'ordre juridique administratif de l'Union européenne.

¹⁸⁰ Ces acteurs, les « entités globales », sont identifiés et définis *infra*, §§47-48.

globalisation dotés d'un certain pouvoir ou d'une certaine autorité sur le fondement d'un intérêt général ou public, mais les normes qui, applicables au processus décisionnel, à sa contestation et à celle de son impact ou au fonctionnement de l'acteur qui émet la décision, visent à rendre la décision émise plus légitime¹⁸¹. Cette définition fonctionnelle de l'administrativité d'une norme adoptée dans cette étude peut à certains égards paraître contre-intuitive, puisqu'elle a pour conséquence d'écarter tout critère organique d'« administration » et donc de permettre, théoriquement, la qualification de certaines normes privées comme étant « administratives » dès lors que les entités qui y sont soumises sont « globales »¹⁸². Cependant, en sus de reposer sur ce que Rivero pensait pouvoir qualifier d'« essence » des droits administratifs¹⁸³, cette définition est moins insatisfaisante que l'absence de détermination du caractère administratif de l'« administration globale » prônée par la doctrine du *GAL*. Plus encore, elle semble constituer une approche originale de phénomènes normatifs similaires par-delà la distinction entre organes publics et privés, en incluant un grand nombre d'entités dont certaines exercent, en pratique, un pouvoir décisionnel global. Dès lors, et quand bien même l'administrativité de certaines normes considérées dans cette étude comme relevant du droit administratif global paraîtrait *prima facie* douteuse au regard de l'absence de tout critère organique, cette grille de lecture normative fondée sur la fonction d'encadrement du pouvoir décisionnel global en vue de légitimer la décision ou son auteur permet de dépasser efficacement les impasses du projet du *GAL* sur ce point.

B – LE CONTENU POSITIF DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

44. *Aspects institutionnels et substantiels du droit administratif global.*

Une fois ses caractères établis, il est nécessaire de compléter l'identification de la notion de droit administratif global par la précision de son contenu. Sa détermination implique d'abord d'examiner la question de ses acteurs et de ses sujets, d'autant que la doctrine du *GAL* servant de base à la recherche du droit positif pertinent est parfois confuse sur ce point (1). Tous les éléments établis jusqu'ici permettent ensuite, et enfin, d'identifier les principales normes qui

¹⁸¹ Il faut préciser à ce stade que l'existence d'un critère de reconnaissance du droit administratif global fondé sur la *fonction légitimatrice des normes* n'induit pas, ni n'interdit, que leurs *sources* puissent poursuivre une fonction similaire. Autrement dit, il faut bien distinguer la découverte d'un critère permettant d'identifier les normes faisant l'objet de l'étude de l'étude ultérieure des fonctions des sources des normes étudiées.

¹⁸² Sur ce point, voir *infra*, §47.

¹⁸³ Voir *supra*, note 175.

seront considérées comme relevant du droit administratif global dans la présente étude (2).

1) Aspects institutionnels du droit administratif global : la question des sujets et des acteurs

45. *Justification de l'exclusion de la question dans la définition de la notion de droit administratif global.* La définition de la notion de droit administratif global qui vient d'être esquissée est, à l'évidence, vierge de toute notion organique d'acteur et de sujet, ce qui pourrait la rendre contestable ; il convient donc d'explicitier le choix d'aborder seulement ici cette problématique. La présentation d'une matière juridique passe, généralement, par une définition de l'objet juridique étudié. Cette présentation comprend classiquement un certain nombre de composantes, parmi lesquelles figurent en bonne place, dans de nombreux manuels, les sources, les sujets et / ou acteurs du droit en question¹⁸⁴. Mais, « [l]e droit étant un outil de régulation de rapports sociaux, la première question qui se pose est de savoir à qui s'adressent ses règles et qui

¹⁸⁴ Les manuels de droit administratif français en sont un bon exemple. Celui de Martine Lombard et Gilles Dumont suit le classique « sources / acteurs » avant d'évoquer les actes (LOMBARD Martine, DUMONT Gilles, *Droit administratif*, 9^{ème} éd., Paris, Dalloz, Hypercours, 2011, 646 p.) ; celui de Didier Truchet s'attache, après une partie générale sur l'existence du droit administratif, aux acteurs, avant d'aborder les règles et leurs sources (TRUCHET Didier, *Droit administratif*, *op. cit.* note 177) ; celui de Philippe Foillard s'attache d'abord aux acteurs avant d'aborder les sources (FOILLARD Philippe, *Droit administratif*, 4^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, coll. Paradigmes, 2015, 486 p.) ; le manuel référence de René Chapus suit ce même schéma : sources du droit administratif, puis organisation administrative (CHAPUS René, *Droit administratif général*, *op. cit.* note 176). L'on retrouve la même organisation, plus clairement encore, dans les manuels de droit international public qui opèrent soit une présentation 1/ Acteurs-Sujets ; 2/ Sources (VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, 856 p. ; DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, *op. cit.* note 152 ; SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international*, *op. cit.* note 157, 276 p. ; ALLAND Denis, *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, collection droit fondamental, 2014, 279 p.), soit l'inverse (DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Ngyuen Quoc Dinh †), *op. cit.* note 95 ; RIVIER Raphaële, *Droit international public*, Paris, PUF, Thémis droit, 2012, 623 p. ; sous une forme un peu différente, COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, 11^{ème} éd., Paris, LGDJ, Domat droit public, 2014, 830 p.). Certains manuels consacrés à des matières émergentes ou sectorielles de droit international conservent ce format sources / acteurs particulièrement adapté ; par exemple BEURIER Jean-Pierre, *Droit international de l'environnement*, 4^{ème} éd., Paris, Pedone, Études internationales, 2010, 288 p. ; DE NANTEUIL Arnaud, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, 431 p. L'une des rares exceptions, motivée par un souci de présenter la matière sous un angle transnational et dynamique, réside dans le manuel de Dominique Carreau et Fabrizio Marrella : CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, *op. cit.* note 113.

sont ses « sujets » »¹⁸⁵. La question principale est donc, ici, de savoir si l'ordre d'analyse des ensembles « sources », « acteurs », « sujets » et « contenu » revêt une importance significative. Or, les éléments dégagés *supra* sont éclairants quant à la structure probable du système administratif global : par nature polycentrique, l'ordre global, si tant est qu'il existe un « ordre », ne présente pas de hiérarchie d'acteurs habilités par une norme ou par une autorité à en créer ou à en appliquer une autre. Il s'agit plutôt d'une logique de réseaux qui fait d'une multitude d'entités à la fois des acteurs et des sujets susceptibles de créer, d'appliquer ou de faire appliquer les normes de droit administratif global. Par ailleurs, la définition du « droit global » retenue implique de ne pas s'attacher à la capacité juridique de ses acteurs et sujets. En d'autres termes, ni la qualité de sujet, ni celle d'acteur du droit administratif global n'est conditionnée par l'existence d'une personnalité juridique attribuée du fait de l'appartenance à un ordre juridique déterminé. Dans cette mesure, cette question des acteurs et des sujets apparaît importante pour comprendre le fonctionnement et l'application du droit administratif global, mais ne constitue pas un critère essentiel de sa définition.

46. Le flou doctrinal du GAL. Les auteurs du *GAL* entretiennent une confusion certaine à propos des acteurs du droit administratif global. Refusant de s'appuyer sur la notion de sujet du droit international¹⁸⁶, ceux-ci les définissent par leur appartenance à un « espace administratif global » peu défini¹⁸⁷ ou à une « Administration globale » aux contours théoriques flous¹⁸⁸. Tout au plus sait-on qu'un très grand nombre d'organisations, institutions et personnes relèvent de cette catégorie, comme le rappelle Thomas Perroud :

¹⁸⁵ ALLAND Denis, *Manuel de droit international public*, *op. cit.* note 184, p. 35.

¹⁸⁶ FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 22, pp. 32-33 et suivantes.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 8.

¹⁸⁸ C'est le terme employé par les fondateurs du droit administratif global ; voir KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit.* note 15. Sabino Cassese considère pour sa part que « a global administration is now well-established » (CASSESE Sabino, « A Global Due Process of Law? », in ANTHONY Gordon, AUBY Jean-Bernard, MORISON John, ZWART Tom (dir.), *Values in Global Administrative Law*, *op. cit.* note 18, p. 17). C'est pourtant devant l'impasse théorique constituée par l'impossibilité de conceptualiser une « administration » au niveau global que l'école d'Heidelberg a proposé de « préférer la notion d'autorité publique internationale » (DUBIN Laurence, « Le droit administratif global, analyse critique de son existence et de son articulation avec le droit international public », in BORIES Clémentine (dir), *Un droit administratif global ? / A global administrative law ?*, *op. cit.* note 31, p. 100). Il est donc d'autant plus pertinent d'éviter de définir le caractère administratif du droit administratif global par l'existence d'une quelconque administration, écueil dans lequel est en grande partie tombée la doctrine américaine.

« [l]e champ d'étude du droit administratif global est conditionné d'abord par un critère organique, celui des instances administratives globales, dont la définition est suffisamment large pour inclure un grand nombre de phénomènes : depuis les organisations internationales classiques jusqu'aux réseaux d'agences, aux agences nationales qui mettent en œuvre des normes internationales, aux instances à la frontière du public et du privé dotées d'un pouvoir réglementaire, jusqu'aux organes privés ayant un pouvoir réglementaire. Ensuite, si le champ des critères organiques du droit administratif global est large et recouvre au final des instances qui n'ont que peu d'affinités entre elles, c'est qu'un autre critère est utilisé, celui des pouvoirs détenus. La définition et les études insistent beaucoup sur l'existence d'un pouvoir réglementaire »¹⁸⁹.

Renvoyant à la notion de « régulation » qui n'est pas plus définie¹⁹⁰, les fondateurs du *GAL* ont donc identifié cinq types¹⁹¹ de « régulateurs globaux »¹⁹² : les organisations internationales et leurs organes¹⁹³, les réseaux transnationaux d'administrations nationales¹⁹⁴, les autorités administratives nationales soumises aux administrations internationales¹⁹⁵, les administrations hybrides

¹⁸⁹ PERROUD Thomas, « Standardisation internationale privée et *Global Administrative Law* », in BISMUTH Régis (dir.), *La standardisation internationale privée. Aspects juridiques*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 200-201.

¹⁹⁰ Il faut noter que la notion n'est pas aisée à cerner, même en droit interne où elle recoupe des définitions différentes. Voir, pour un exemple parmi d'autres sur ce point, AUBY Jean-Bernard, « Régulations et droit administratif », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, spéc. pp. 210-217.

¹⁹¹ La liste qui suit constitue une synthèse de la contribution très complète de Laurence Dubin à ce propos ; voir DUBIN Laurence, « Le droit administratif global, analyse critique de son existence et de son articulation avec le droit international public », *op. cit.* note 188, spéc. pp. 101-106.

¹⁹² Cette expression est utilisée par la doctrine du droit administratif global. Sabino Cassese évoque ainsi l'existence d'environ 2000 régimes de « régulation globale » (CASSESE Sabino, *The global polity. Global dimensions of democracy and the rule of law*, *op. cit.* note 26, p. 16), et qualifie l'UNHCR de « global regulator » (*ibid.*, p. 18). Les auteurs évoquent toutefois souvent des « autorités globales de régulation administrative », la traduction exacte de l'expression « *Global regulatory administrative authorities* » étant assez difficile. Voir notamment STEWART Richard B., « Addressing Problems of Disregard in Global Regulatory Governance: Accountability, Participation and Responsiveness », *ILLJ Working Paper*, 2014/2, *Global Administrative Law Series*, p. 3.

¹⁹³ Par exemple, le Conseil de sécurité.

¹⁹⁴ Par exemple, le Comité de Bâle en matière bancaire.

¹⁹⁵ Par exemple, les administrations nationales des États membres de l'OMC.

public-privé¹⁹⁶ et certaines entités purement privées¹⁹⁷. Ces différents régulateurs, qui présentent la particularité d'être également les *subjects* du droit administratif global en plus d'en être les acteurs¹⁹⁸, sont parfois qualifiés d'« administration globale », d'« institution globale »¹⁹⁹ ou encore d'« organisation globale »²⁰⁰. Ces régulateurs globaux peuvent ainsi être à la fois acteur et sujet de droit administratif global, par exemple lorsqu'ils créent une règle qui s'applique à eux-mêmes :

« [I]es *subjects* de l'Administration globale peuvent être aussi bien des États, des individus, des entreprises, des organisations non gouvernementales ou d'autres collectivités. Ils sont les « destinataires réels des régimes régulateurs globaux ». L'expression « sujet » est à comprendre ici dans le sens d'entités assujetties à l'Administration, et non dans le sens que l'on peut donner à cette expression en droit international public. Certains auteurs préfèrent utiliser d'ailleurs les termes d'administrés ou de bénéficiaires afin de marquer cette différence »²⁰¹.

La plus grande confusion doctrinale règne donc autour de la notion d'administration globale, et par ricochet sur la notion de droit administratif global. En effet, il n'est pas possible, en l'état actuel de la doctrine, d'expliquer en quoi une administration globale est réellement « administrative » si ce n'est en constatant des ressemblances plus ou moins ténues avec des missions administratives dans divers droits internes, en particulier avec le modèle de la

¹⁹⁶ Par exemple, la Commission du *Codex alimentarius* ou l'ICANN – le caractère public provenant alors essentiellement de sa mission d'intérêt général et pouvant d'ailleurs être débattu.

¹⁹⁷ Par exemple, l'ISO ou l'AMA (Association Mondiale Anti-dopage).

¹⁹⁸ Voir en particulier l'explication de FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, op. cit. note 22, p. 100.

¹⁹⁹ L'expression est utilisée par Sabino Cassese pour qualifier l'ICANN, l'ISO, le Comité de Bâle sur la supervision bancaire, etc. (CASSESE Sabino, *The global polity. Global dimensions of democracy and the rule of law*, op. cit. note 26, pp. 18-19).

²⁰⁰ L'expression est également utilisée par Sabino Cassese pour qualifier la *Commission for the conservation of Southern Bluefin Tuna*, un organe créé par un traité international (CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, op. cit. note 17, p. 93) comme le CIRDI (*ibid.*, p. 97). L'auteur utilise aussi le terme d'administration globale, de manière synonymique. L'expression « d'organisation globale » pourrait être retenue ; toutefois, définie comme « [l']ensemble des organes investis d'une fonction » (CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., Paris, PUF, Quadrige, 2011, p. 716), elle semble impliquer une pluralité d'acteurs – une personne physique, comme un conciliateur, un objecteur ou un médiateur, ne saurait être qualifiée d'organisation à elle seule. L'emploi de ce terme créerait en conséquence une contrainte préétablie injustifiée.

²⁰¹ FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, op. cit. note 22, p. 38

régulation que connaissent les administrativistes américains²⁰² ; parallèlement, les normes qui s'appliquent à ces entités sont qualifiées « d'administratives » selon un critère parfois bien différent. De manière générale, la distinction entre l'entité A qui *prend des décisions de type administratif au sens courant* – ce sens étant souvent déterminé par la nationalité de l'observateur de la décision – et l'entité B qui *applique ou fait appliquer des normes de droit administratif global* n'est pas clairement faite²⁰³. Cette lacune s'explique vraisemblablement par le prisme et l'influence du droit administratif des États d'origine des auteurs. Or, bien que les entités A et B puissent ponctuellement être les mêmes, cette distinction est fondamentale pour définir la notion de droit administratif global ; ce n'est pas parce que l'entité A va finalement appliquer une norme de droit administratif global qu'elle devient pour autant une « administration globale ». Par ailleurs, l'idée de « régulation », dans la doctrine du *GAL*, renvoie essentiellement à l'idée selon laquelle il existe un pouvoir décisionnel exercé dans un but – mal défini – « d'intérêt général », pouvoir d'une part distinct de celui exercé classiquement par l'État et les organisations internationales, d'autre part plus informel²⁰⁴. Le problème est que le raisonnement est circulaire, puisque l'interprétation de la fonction de régulation comme étant « administrative », qui intervient dans un deuxième temps et qui permet *in fine* d'identifier les acteurs et sujets du *GAL*, passe à peu près par les mêmes critères : « le but de l'activité, la nature de l'activité et le type de l'organe exerçant l'activité »²⁰⁵. Il convient donc, là encore, de s'affranchir de la stricte vision des auteurs du *GAL* pour identifier les acteurs et les sujets du droit administratif global – tout en

²⁰² *Ibid.*, p. 44 ; PERROUD Thomas, « Standardisation internationale privée et *Global Administrative Law* », *op. cit.* note 189, p. 201. Au contraire, l'expression « régulation » « n'est pas encore d'un usage aussi courant qu'on aurait pu le croire » en droit administratif français, de sorte que sauf exception elle « reste assez largement cantonnée dans le secteur du droit économique et n'a pas vocation à devenir un paradigme explicatif du droit administratif contemporain ». Pour « la totalité des auteurs [de manuels de droit administratif français], la régulation est un concept étroitement lié (et peut-être exclusivement lié) au monde de l'économie, de sorte que son usage ne peut être que technique et donc limité » (MIAILLE Michel, « La régulation dans les manuels de droit administratif », in *Penser la science administrative dans la post-modernité. Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, Paris, LGDJ, 2013, respectivement p. 469, p. 471 et p. 472).

²⁰³ Pour un exemple, bien que l'auteur se positionne en tant que théoricien du droit sans s'inscrire dans un des courants du *GAL* : « le caractère « administratif » suppose l'existence d'organes non gouvernementaux de type administratif dans leur composition (fonctionnaires nationaux ou internationaux), dans leurs fonctions (émission normes techniques) et dans leur régime (ensemble de principes assurant une procédure juste et équitable) » (GUILMAIN Antoine, « Du droit cosmopolitique au droit global : pour une rupture épistémologique dans l'approche juridique », *op. cit.* note 88, p. 233).

²⁰⁴ FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 22, pp. 45-46.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 46.

conservant la coïncidence entre « sujets » et « destinataires » de ce droit, qui paraît adaptée à l'observation du phénomène juridique global.

47. Notion d'entité globale. L'impossibilité de justifier de manière convaincante le terme « administration globale » ni de déterminer en quoi il permet d'identifier les acteurs et les sujets du droit administratif global amène donc, d'abord, à l'abandonner, au profit de l'expression « entité globale ». Cette dernière sera utilisée du fait de sa neutralité. Évoquer une « institution », une « administration » et même une « organisation » n'est pas neutre, dans le sens où chacun des termes cités revêt ou peut revêtir un sens spécifique en droit, ce dont l'expression « entité » ne peut se prévaloir. L'entité est au sens philosophique une « [r]éalité abstraite qui n'est conçue que par l'esprit »²⁰⁶, correspondant bien à la neutralité nécessaire à la qualification d'entité globale²⁰⁷ – bien que l'expression soit parfois utilisée pour qualifier l'Union européenne²⁰⁸ ou l'un de ses organes²⁰⁹. Le remplacement du premier terme ne permet néanmoins pas de résoudre la question des acteurs et des sujets : au contraire, il substitue à un critère d'identification jugé insatisfaisant un vide conceptuel qu'il est impératif de combler pour identifier un droit administratif global positif. Ce remplacement implique néanmoins un nouveau paradigme du droit administratif global, conformément à la vision du droit global retenue : dans cette étude, le droit administratif global n'est pas le droit applicable aux « entités administratives globales » dont la définition est introuvable, mais le droit qualifiable d'*administratif* appliqué par les entités globales dans leur activité décisionnelle. Un tel choix, qui contrevient certainement à l'esprit des concepteurs du *GAL*, est rendu indispensable tant par le constat des failles de la doctrine²¹⁰ que par la volonté d'étudier uniquement la dimension positive du droit qu'elle prescrit. Dans cette mesure, seule la notion d'« entité globale » doit

²⁰⁶ Dictionnaire *Le Petit Larousse illustré 2011*, Paris, Larousse, 2010, p. 373.

²⁰⁷ L'expression est d'ailleurs utilisée par Jean-Marc Thouvenin ; THOUVENIN Jean-Marc, « Conclusions générales », *op. cit.* note 144, p. 331.

²⁰⁸ GAUTIER Philippe, « The Reparation for Injuries Case Revisited: The Personality of the European Union », *Max Planck UNYB*, vol. 4, 2000, p. 359. ; COLARD Daniel, « L'Allemagne unie et les nouvelles relations franco-allemandes dans la nouvelle Europe. 1990-2006 », *AFRI*, vol. VIII, 2008, p. 398.

²⁰⁹ Par exemple, l'Eurosystème : ADALID Sébastien, *La BCE et l'Eurosystème : exemple d'intégration verticale*, Thèse de droit public soutenue le 9 novembre 2012, Université Jean Moulin Lyon 3, p. 338.

²¹⁰ Celles-ci sont d'ailleurs mises en évidence par Laurence Dubin, qui, sans pour autant conclure dans le sens proposé, évoque une « circularité conceptuelle du GAL » et la nécessité de « mener son analyse critique en intégrant le droit international public » déjà disponible et capable d'encadrer la légalité de l'action des diverses entités évoquées (DUBIN Laurence, « Le droit administratif global, analyse critique de son existence et de son articulation avec le droit international public », *op. cit.* note 188, p. 97).

être retenue, au détriment du qualificatif « administratif » qui ne sera utilisé que pour – tenter de – qualifier certaines normes.

48. Conséquences de l'abandon de la théorie de la fonction administrative des entités globales. Il est donc proposé de considérer que l'identification des acteurs et sujets du droit administratif global ne dépend pas tant de la fonction sociale des normes créées ou appliquées par ces entités – c'est-à-dire de leur critère administratif – que d'un ensemble de critères matériels que remplissent l'activité des entités qui y sont soumises ou qui s'y soumettent. Il a été précisé *supra* que le caractère global d'une norme réside – à notre sens – dans le fait qu'elle est d'une part générée ou conditionnée par la globalisation des activités humaines, et d'autre part qu'elle est applicable aux relations entre plusieurs acteurs hors ou au-delà d'un ordre juridique étatique donné. La notion de « décision » peut alors utilement être invoquée pour définir l'*activité* des sujets du droit administratif global, dont dépend leur qualification. C'est lorsqu'elles prennent une « décision globale », c'est à-dire un acte obligatoire ou non mais produisant des effets juridiques sur ses destinataires²¹¹, issu ou conditionné par l'existence de la globalisation, qui traverse les ordres juridiques et les espaces et peut affecter indifféremment des acteurs étatiques, interétatiques, transnationaux ou encore physiques dans certains domaines, que ces entités peuvent être considérées comme des « entités globales »²¹². Le critère de la décision globale, qui fonde la qualité d'entité globale et peut entraîner l'application d'une norme de droit administratif global, est donc double. La décision globale intervient du fait de la globalisation, c'est-à-dire qu'elle contribue à résoudre une question qui se pose au-delà de l'État²¹³, et a un effet

²¹¹ Le terme de « décision » est ambigu et semble *prima facie* renvoyer exclusivement à un acte obligatoire. Ainsi, conformément à une définition matérielle de la décision, « ce n'est que lorsqu'il dispose de la force obligatoire qu'un acte émanant d'une organisation internationale est qualifié de « décision » ; dans les autres cas, on utilise le terme « recommandation » » (ASCENSIO Hervé, *L'autorité de chose décidée en droit international public*, Thèse de droit public soutenue le 4 décembre 1997, Université Paris-X Nanterre, p. 25). Cependant, le terme « décision » est parfois utilisé pour décrire des actes non-contraignants, en droit international (voir notamment SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant / AUF, 2001, p. 298, entrée « décision ») comme en droit administratif (voir la synthèse, sur ce point de TESTARD Christophe, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit. note 177, pp. 26-27). C'est dans ce sens qu'est employé le terme « décision globale », celle-ci n'étant donc pas systématiquement obligatoire – l'on pense par exemple à la standardisation internationale privée.

²¹² Cette définition est applicable à la plupart des cas analysés par la doctrine du *GAL* comme relevant du projet, si ce n'est quelques exceptions qui seront écartées comme ne relevant, logiquement, pas du droit administratif global au sens de cette étude.

²¹³ L'on pense, pêle-mêle, au terrorisme international, à la lutte contre la dégradation de l'environnement, à la régulation d'Internet, à la standardisation internationale privée, mais aussi aux échanges commerciaux entre États, aux investissements

ou un impact dans au moins un ordre juridique différent²¹⁴. L'on peut certes reprocher à cette tentative de définition le fait qu'elle renvoie un critère de la décision globale – le fait qu'elle soit déterminée par la globalisation – à des éléments extra-juridiques peu définis. Cette approche apparaît toutefois d'une part plus complète que celles qui ont pu être consultées jusqu'ici, et suffisante pour identifier de manière générale les « entités globales » soumises au droit administratif global. Permettant d'englober la plupart des exemples analysés par la doctrine du *GAL* tout en en donnant une grille de lecture positive, cette définition amène également à élargir son champ d'étude. En effet, compte-tenu de ces éléments, il paraît artificiel de se borner à la liste de cinq catégories dressée par la doctrine du *GAL*. À titre principal et comme il l'a été suggéré *supra*, il n'y a pas de raisons logiquement valides d'exclure du raisonnement et de l'analyse du droit administratif global les entreprises transnationales qui correspondraient aux critères susmentionnés, en particulier lorsqu'elles décident d'investir dans un État, lorsqu'elles financent ou mènent un projet ayant un impact sur l'environnement, ou encore lorsqu'elles commercialisent un produit ou un service dont l'utilisation est susceptible d'avoir un impact sur la protection des données personnelles des consommateurs dans divers États.

49. Conclusion quant aux sujets et acteurs du droit administratif global. Le champ des sujets *potentiels* du droit administratif global est ainsi déterminé : il s'agit des « entités globales ». Ses sujets réels, ou destinataires²¹⁵, sont les entités globales qui *appliquent* les normes de droit administratif global. De leur côté, les *acteurs* du droit administratif global sont, de manière plus large encore, toutes les entités qui créent, appliquent ou font appliquer des normes administratives – dans le sens dégagé *supra* – soit à elles-mêmes, soit à d'autres entités prenant des « décisions globales ». Ces choix constituent un pas de plus

internationaux, à la lutte contre la corruption financière, à la création et au fonctionnement des organisations internationales, *etc.*

²¹⁴ Ainsi, la décision purement interne d'une organisation internationale concernant l'un de ses employés – fonctionnaire international – n'est pas considérée comme une « décision globale » puisqu'elle n'a aucun impact en dehors de l'ordre juridique de l'organisation. Le sera, en revanche, celle de fixer des quotas de pêche à l'égard des États, puisque celle-ci aura des effets sur les États et les individus concernés par l'activité de pêche.

²¹⁵ Il convient à cet égard de distinguer clairement les *destinataires du droit administratif global*, qui sont toutes des entités globales, des *destinataires des décisions globales*. Ces derniers constituent un ensemble vaste, pouvant notamment inclure les individus (par exemple lorsqu'ils sont visés par une mesure prononcée par un comité des sanctions des Nations unies ; ou lorsqu'ils utilisent internet et sont ainsi soumis aux décisions des entités globales régulant son architecture). L'identification de ces seconds destinataires n'est utile, pour cette étude, qu'au stade de la détermination du caractère d'« entité globale » de l'organisation qui prend cette décision, conformément à l'idée selon laquelle ne peut être « globale » qu'une décision présentant des impacts dans plusieurs ordres juridiques.

vers l'affranchissement de la doctrine du *GAL* qui identifie à l'inverse, mais de manière peu convaincante, les acteurs et sujets du *GAL* par leur fonction administrative²¹⁶. Ils n'affectent toutefois pas la validité des observations empiriques que cette doctrine a pu réaliser s'agissant du *contenu matériel* du droit administratif global.

2) Aspects substantiels du droit administratif global : la question du contenu matériel

50. Absence de liste des normes relevant du droit administratif global.

Prétendre étudier les sources du droit administratif global implique de déterminer au moins sommairement quelles sont les normes dont la formation sera analysée. Il ressort ainsi de ce qui précède qu'est norme de droit administratif global toute norme mise en œuvre par une entité globale en amont, au cours ou en aval du processus décisionnel ayant pour finalité l'amélioration de la légitimité des décisions prises. Dans la doctrine du *GAL*, ces normes sont avant tout d'essence procédurale, conformément « aux problématiques du droit administratif américain : la question de la responsabilité (ou *accountability*), celle de la participation et de la justification démocratique de l'exercice du pouvoir administratif »²¹⁷. Les auteurs parlent d'ailleurs plus volontiers de *principes* que de normes ; certains en identifient cinq : la transparence, l'information, la participation, le « *reason-giving* » et l'*accountability*²¹⁸. Cette liste de principes varie selon les auteurs et la date des publications, mais le socle commun demeure le même : « transparency, participation, reasoned decision, [...] legality, and [...] effective review of the rules and decisions »²¹⁹, ou très largement « legality, rationality, transparency, reason-giving, proportionality, the rule of law and human rights »²²⁰. À ce jour, la catégorisation la plus complète des normes relevant du *GAL* en distingue quatre types : la transparence

²¹⁶ Ce choix s'inscrit également en opposition avec certains commentateurs voyant favorablement la démarche des auteurs du *GAL* ; voir par exemple MOCKLE Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit.* p. 57, p. 7 : « [c]e 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) ».

²¹⁷ PERROUD Thomas, « Standardisation internationale privée et *Global Administrative Law* », *op. cit.* note 189, p. 201.

²¹⁸ KINGSBURY Benedict, CASINI Lorenzo, « Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law », *International Organizations Law Review*, vol. 6, n°2, 2009, p. 325.

²¹⁹ KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico et STEWART Richard B., « The Emergence of Global Administrative Law », *op. cit.* note 15, p. 17.

²²⁰ CRAIG Paul, *UK, EU and Global Administrative Law. Foundations and Challenges*, Cambridge, CUP, 2015, p. 647.

et les procédures de participation, la motivation des décisions, les mécanismes de « *review* » comprenant la réévaluation des décisions et le contrôle contentieux, et les normes relatives aux relations inter-institutionnelles qui semblent désigner le pouvoir juridictionnel national, international ou arbitral en cas de conflit de normes²²¹. Aucune liste plus précise n'a jamais été dressée par la doctrine, pour des raisons aisément compréhensibles ; la principale étant que le projet n'a pas pour ambition unique de décrire de manière exhaustive, mais également de prescrire des procédures ou standards procéduraux sur la base d'une « boîte à outils » mouvante. Par ailleurs, la « fluidité » des principes invoqués, lesquels relèvent tantôt du droit administratif, tantôt du droit public général, tantôt de la science politique voire de la gestion²²², ne facilite pas l'établissement d'un catalogue dont l'utilité serait douteuse. Enfin, telle entreprise se serait rapidement heurtée à l'une des réalités avancées par les adversaires du projet : quand bien même une liste serait arrêtée, les normes n'ont ni le même sens, ni la même portée d'un ordre juridique à l'autre voire d'une situation à l'autre, de sorte, par exemple, que la notion de « transparence » au sein d'une organisation internationale ne revêtira pas le même sens au sein d'un réseau d'agences administratives nationales, ni au sein d'une société privée de standardisation comme l'ISO. C'est la raison pour laquelle les références au contenu du *GAL*, une fois épurées des renvois à une fonction ou à un droit « administratif », présentent un degré de généralité particulièrement élevé – par exemple : « mécanismes, règles et procédés [...] utilisés pour promouvoir la transparence, une participation accrue et la mise en place de mécanismes de responsabilisation »²²³. L'établissement d'un catalogue précis est donc rendu impossible par l'indétermination qu'implique le relativisme juridique lié à l'ampleur du champ de l'étude.

51. Distinction entre normes relatives au fonctionnement général des entités globales et normes relatives au processus décisionnel. Malgré la quasi-absence d'une telle tentative par la doctrine, il reste possible d'identifier des catégories de normes relevant, sous réserve du sens qui leur est conféré *in concreto*, du droit administratif global. Sans préjudice de leurs sources qui font l'objet de l'étude, celles-ci peuvent par exemple être présentées sur la base d'une distinction entre les normes relatives à l'*élaboration des décisions globales* et celles relatives à la *contestation des décisions globales*²²⁴. Cette présentation,

²²¹ KINGSBURY Benedict, DONALDSON Megan, « Global Administrative Law », in WOLFRUM Rüdiger (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 468-482.

²²² Voir MOCKLE Daniel, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit.* p. 57, pp. 31-32.

²²³ FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, *op. cit.* note 22, p. 1.

²²⁴ C'est par exemple la distinction retenue par PERROUD Thomas, « Standardisation internationale privée et *Global Administrative Law* », *op. cit.* note 189, pp. 201-202.

adaptée à l'analyse de la standardisation internationale privée, ne permet toutefois pas de mettre en évidence la fonction sociale légitimatrice de toutes les normes recensées, ni d'embrasser la diversité des normes en présence au-delà du champ étudié par l'auteur. Pour tenir compte de ces contraintes, il est proposé de dégager une grille de lecture reposant sur une distinction entre les normes relatives au fonctionnement général des entités globales et celles qui concernent plus directement le processus décisionnel en leur sein.

52. Normes relatives au fonctionnement général des entités globales.

Dans la première catégorie peuvent être classées les normes qui n'encadrent pas directement la décision globale, mais son environnement juridique. Autrement dit, il s'agit des normes qui ont pour fonction de garantir que l'entité globale a de manière générale un comportement et des activités acceptables pour ses destinataires. Par exemple, les décisions globales prises par une organisation internationale dont le mode de fonctionnement serait parfaitement opaque et qui financerait notoirement des projets aux conséquences dévastatrices pour l'environnement, ou par une entreprise multinationale privée qui refuserait de publier l'état de ses comptes et afficherait publiquement son mépris pour le respect du droit interne auquel elle est censée être assujettie, serait inévitablement entachée d'un déficit de légitimité lié entre autre au manque d'acceptation et au peu de crédibilité, pour les destinataires de la décision dont l'objet et le contenu importent peu, de l'entité émettrice. Ces normes recourent donc, de manière non exhaustive et sans définitions puisque celles-ci varient d'un ordre juridique voire d'une entité à l'autre : la prééminence du droit, la *rule of law*, les normes par lesquelles d'autres entités exercent un contrôle sur l'activité sur l'entité globale – par exemple en imposant une autorisation préalable d'investir sur le sol national –, l'audit interne et externe, l'évaluation interne, les mesures de lutte contre la corruption et l'évasion fiscale, l'établissement de règles générales de transparence dans le fonctionnement de l'entité incluant la publication régulière d'informations sur sa gouvernance, le respect de certains droits considérés comme relevant des « droits de l'homme », la protection des consommateurs, la protection des données personnelles, et de manière générale ce qui relève de l'*accountability* – ou « redevabilité », « reddition de comptes » en français²²⁵.

²²⁵ De manière générale, « [a]ccountability, in its plainest sense, is the state of being answerable to someone. It means, roughly, that one actor must provide explanations or justifications to another act regarding his/her actions and that the second actor could reward or punish the first based on his/her performance » (ASSAF Dan, « Conceptualising the use of public-private partnership as a regulatory arrangement in critical information infrastructure protection », in PETERS Anne, KOECHLIN Lucy, FÖRSTER Till, FENNER ZINKERNAGEL Gretta (dir.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge, CUP, 2009, p. 73). Pour une analyse plus approfondie, voir les propos de HARLOW Carol, « Accountability as a Value in Global Governance and for Global Administrative Law », in ANTHONY Gordon, AUBY

53. Normes relatives au processus décisionnel au sein des entités globales. Dans la seconde catégorie peuvent être classées les normes qui visent à encadrer spécifiquement le processus décisionnel, qu'il s'agisse de l'élaboration, de l'application ou de la contestation de la décision globale. Ces normes recourent, de manière là encore non exhaustive et abstraite pour l'instant : la transparence dans l'adoption de la décision, la participation et la consultation des destinataires ou des tiers, la motivation de la décision, la soumission de la décision à un contrôle avant son application, la prise en compte de l'impact environnemental de la décision, la publication de la décision, l'application d'un principe de précaution ou de *due diligence*, l'existence d'un recours contre la décision ou d'une possibilité de la faire réévaluer, ou encore l'existence de droits procéduraux à l'occasion de la réévaluation ou du recours tels que par exemple le caractère contradictoire des débats, l'existence préalable de la procédure, la publicité de la procédure ou encore la possibilité pour des tiers d'y participer.

54. Relativisation de la portée de la liste proposée et méthode adoptée dans les développements. La proposition qui précède ne doit cependant pas être interprétée comme constituant un catalogue exhaustif de normes relevant du droit administratif global. Ainsi qu'il l'a été précisé *supra*, la conclusion quant à l'appartenance ou non de la norme observée au droit administratif global dépend d'une multitude de facteurs concrets parmi lesquels figurent son sens conféré au sein de l'ordre juridique concerné, le fait qu'elle s'applique ou entend s'appliquer à une « entité globale », ou encore la confirmation qu'elle participe bien à la légitimation d'une décision en la rendant plus acceptable aux yeux de ses destinataires. En d'autres termes, cette liste constitue un guide de normes relevant *prima facie* et *in abstracto* du droit administratif global, la confirmation ne pouvant venir qu'*in concreto*. Par ailleurs, l'on voit que le champ couvert par le droit administratif global est immense, de sorte qu'il est matériellement impossible de définir chaque norme mentionnée et de démontrer systématiquement en quoi elle relève du droit administratif global : cette entreprise pourrait faire l'objet d'une autre recherche, plus descriptive. Dans la suite de l'étude, l'appartenance au droit administratif global des normes rencontrées ne sera justifiée et spécifiquement démontrée que lorsque celle-ci paraîtra susceptible de soulever des doutes particuliers, le propos se focalisant sur leurs sources.

Jean-Bernard, MORISON John, ZWART Tom (dir.), *Values in Global Administrative Law*, *op. cit.* note 18, pp. 173-192, spéc. pp. 174-181.

55. *Conclusion quant au champ de l'étude.* Il faut concéder que le raisonnement adopté a conduit à définir *a priori* un « droit administratif global » dont on pourrait reprocher le caractère purement personnel et subjectif. Cependant, le droit administratif global, c'est-à-dire le *champ* de l'étude qui ne constitue que l'exposé des choix d'inclusion et d'exclusion de la recherche, paraissait mal défini, d'autant que la notion n'existe pas en dehors du projet prescriptif du *Global Administrative Law*. Comme le reconnaît Clémentine Bories, les « différents critères » du *GAL* souffrent « d'une définition encore trop peu précise. Une telle situation de flou est le fruit des tâtonnements qui caractérisent la doctrine depuis l'apparition de phénomènes administratifs au-delà de l'État [...] »²²⁶ ; le *GAL* souffre en général des « difficultés de perception de l'ensemble et de sa cohérence »²²⁷. La redéfinition d'une notion de droit administratif global, dans et pour le cadre de cette étude, ne s'interprète pas autrement que comme une proposition de contribution à la résolution de ces difficultés, sans laquelle toute analyse de droit positif s'avérerait à notre sens impossible. Il n'est d'ailleurs pas inhabituel que le constat de l'imprécision du champ d'une recherche conduise leur auteur à le requalifier préalablement, le cas échéant en adoptant une conception radicalement différente de celle de la majorité de la doctrine²²⁸. Par ailleurs, la définition adoptée du droit administratif global n'a pas d'impact direct sur les sources des phénomènes étudiés, lesquelles constituent l'*objet* de l'étude.

²²⁶ BORIES Clémentine, « Rapport introductif. Histoire des phénomènes administratifs au-delà de la sphère étatique : tâtonnements et hésitations du droit et/ou de la doctrine », *op. cit.* note 96, p. 56.

²²⁷ *Idem.*

²²⁸ Voir en particulier le choix fait par Jean Sirinelli de définir le « droit administratif européen » comme champ de son étude tout en en dégageant un sens très différent de ceux habituellement utilisés par la doctrine (SIRINELLI Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne. Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 266, 2011, pp. 3-10). En qualifiant de « droit administratif européen » les éléments de droit administratif français influencés par le droit de l'Union européenne, à contre-courant d'une autre partie – majoritaire – de la doctrine du droit administratif européen qui y voit plutôt une branche *administrative* du droit de l'Union européenne, l'auteur redéfinit en effet intégralement le champ de sa recherche (voir spéc. pp. 7-10). La doctrine relative au droit administratif européen doit néanmoins être elle-même abordée avec précaution, dans la mesure où il n'existe pas vraiment de consensus sur sa définition – comme concernant le droit administratif global ; voir AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, « Introduction générale », in AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 3 : « [i]l faut confesser que les auteurs [au nombre de 43 dans l'ouvrage] qui abordent la question du droit administratif européen n'ont pas tous absolument la même définition de ce qu'est cet objet juridique – mais y a-t-il une branche du droit dans lequel il n'en va pas de même ? ». Pour un autre exemple de redéfinition du champ de l'étude, voir GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, *op. cit.* note 38, pp. 44-54.

SECTION 2 – L’OBJET DE L’ÉTUDE : LA RECHERCHE DES SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

56. *Sources du droit et application au droit administratif global.*

L’intérêt de l’étude proposée, qui est d’une part inédite compte tenu de son champ retenu, découle d’autre part de son objet²²⁹. En effet, la doctrine du GAL rejette fondamentalement la théorie des sources formelles au bénéfice de celle de « pratique normative »²³⁰, de sorte que l’objet de l’étude aurait pu être perçu comme provocateur – si la définition du champ de l’étude n’avait pas permis de résoudre la contradiction apparente. Il convient toutefois de préciser ce qu’il faut entendre par « source » (I) avant d’exposer l’hypothèse de l’étude, c’est-à-dire qu’il est possible de concevoir une théorie des sources du « droit administratif global » (II).

I – LE CONCEPT DE « SOURCES » DU DROIT

57. *Foisonnement des analyses.* « L’image est belle et exacte : les sources du droit produisent des règles juridiques comme celles des rivières produisent de l’eau »²³¹, écrit Didier Truchet ; mais « tout d’abord, le mot source conseille la prudence »²³², avertissait dès 1920 Jan de Louter dans son *Manuel de droit international public positif*. Les ressources bibliographiques relatives au concept de source du droit sont légion, quand bien même l’on se limiterait aux sens conférés à la notion dans les deux branches de droit dans lesquelles ont jusqu’ici été puisés des éléments analytiques – le droit international public et le droit administratif²³³. Plutôt que d’en entreprendre un exposé systématique qu’il

²²⁹ Il n’est pas rare que l’objet d’une recherche soit présenté comme constituant un élément de son intérêt ; voir par exemple LAGELLE Anaïs, *Les standards en droit international économique. Contribution à l’étude de la normativité internationale*, Paris, L’Harmattan, Logiques juridiques, 2014, p. 58.

²³⁰ FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public*, op. cit. note 22, pp. 49-51. Sur cette vision qualifiée de « behavioraliste », voir également D’ASPREMONT Jean, « Droit administratif global et droit international », in BORIES Clémentine (dir), *Un droit administratif global ? / A global administrative law ?*, op. cit. note 31, p. 89.

²³¹ TRUCHET Didier, *Droit administratif*, op. cit. note 177, p. 167.

²³² DE LOUTER Jan, *Le droit international public positif*, Tome 1, Bibliothèque internationale de Droit des Gens, Oxford, 1920, p. 42.

²³³ La sélection de ces deux matières peut sembler arbitraire, d’autant que la démonstration de la diversité des présentations et des conceptions des sources des différentes branches de droit n’est en réalité plus à faire ; il suffit à cet égard de consulter le troisième volume du *Recueil Gény* (*Recueil d’études sur les sources du*

serait difficile de mener à son terme et qui existe par ailleurs²³⁴, il est proposé de relever qu'au-delà de la diversité de ces approches, il est possible d'en dégager des constantes. Ces informations permettront de mieux cerner l'essence du concept de « source », étant entendu que dans la doctrine juridique, un « concept » est « une idée ou représentation de l'esprit qui abrège et résume une multiplicité d'objets empiriques ou mentaux par abstraction et généralisation de traits communs identifiables »²³⁵.

58. Identification du concept de source retenu. Sur la base des travaux doctrinaux sur la question²³⁶, il est possible de dégager les dénominateurs communs de la « source » du droit, qui se distingue d'abord par sa double dimension. Il faut pour ce faire d'abord identifier la distinction entre sources formelles et sources matérielles pour formuler un choix (A) avant de fixer les contours du concept de « source » tel qu'il sera utilisé dans l'étude (B).

droit en l'honneur de François GénY. III – Les sources des diverses branches du droit, Paris, Sirey, 1977, 546 p.). Il convient donc de préciser qu'elles ne sont choisies qu'à titre d'exemples, et non de modèles fixes sur lesquels baser l'approche de l'étude ; exemples qu'il a paru pertinent de sélectionner dans la simple mesure où ils font écho au champ de la recherche et où le *GAL* entend puiser son contenu dans ces droits – entre autres, puisque le droit administratif français n'est pas le « réservoir » privilégié du projet.

²³⁴ Voir, récemment, l'exposé complet de GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, *op. cit.* note 38, pp. 19-35.

²³⁵ MONJAL Pierre-Yves, « Au fondement du droit de l'Union européenne. Recherches doctrinales sur le concept de « commun » », *op. cit.* note 132, p. 1307. Voir plus généralement, sur le « concept » dans la doctrine juridique, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, deuxième édition, Paris, Dalloz, 2016, pp. 322-324.

²³⁶ En France et outre les travaux de François GénY, il faut ici mentionner les trois volumes publiés en son honneur et particulièrement le tome premier : *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GénY. I – Aspects historiques et philosophiques*, Paris / Liechtenstein, Librairie Duchemin / Topos Verlag AG Vaduz, 1977, 309 p. Deux publications remarquables doivent également être citées : le tome 27 des *Archives de philosophie du droit* consacré aux sources du droit (*APD*, t. 27, « sources » du droit, Paris, Sirey, 1982, 536 p.) et les quatre volumes des *sources du droit revisitées* (HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées, Volume 1. Normes internationales et constitutionnelles ; Volume 2. Normes internes infraconstitutionnelles ; Volume 3. précité note 66 ; Volume 4. Théorie des sources du droit*, Limal, Anthemis, 2012).

A – LA DISTINCTION ENTRE SOURCES FORMELLES ET SOURCES MATÉRIELLES

59. *Polysémie du terme « source »*. L'une des difficultés de l'étude réside dans l'existence de différents sens donnés au même terme. Cependant, la doctrine distingue dorénavant classiquement les sources dites « formelles » des sources dites « matérielles » (1) – bien qu'une partie d'entre elle estime que « personne, pas même le grand François Geny, n'a pu clairement expliquer en quoi une source formelle diffère d'une source matérielle »²³⁷ –, de sorte qu'il est nécessaire de formuler dès à présent un choix d'approche (2).

1) La réalité de la distinction : les sources formelles privilégiées

60. *Origine de la règle ou mode de formation de la règle*. La différenciation opérée entre source formelle et source matérielle – ou source « réelle » – revient à distinguer l'origine de la règle de son mode de formation. L'assimilation de la source à l'« origine de la règle » n'est toutefois pas unanime ; ainsi Paul Amselek différencie-t-il « les origines du droit, les origines de la technique juridique entendue dans sa totalité »²³⁸ des sources matérielles : « [I]es sources dites « matérielles » ou « réelles » recouvrent deux sens, très mêlés en pratique. Tantôt on désigne par-là les facteurs qui influent sur le contenu de la réglementation juridique, sur la substance du droit, les données où le législateur puise son inspiration juridique : l'histoire, les mœurs, les rapports des forces sociales, l'environnement naturel, etc. Il s'agit ici de s'intéresser à tout ce qui contribue à motiver le législateur et à le déterminer dans son œuvre de création du droit. Cette acception est particulièrement utilisée dans les différents courants du positivisme sociologique, mais elle s'y trouve intimement liée et souvent confondue avec une autre. Tantôt, en effet, on désigne par « sources matérielles » ou « réelles » le fondement des différentes normes juridiques : non pas ce qui les explique, mais ce qui les justifie, leur confère valeur ou validité ; il ne s'agit plus de rechercher des facteurs historiques, mais d'invoquer des faits justificatifs. C'est notamment dans la perspective d'une telle démarche « légitimatrice » que Cicéron a utilisé – le premier, selon certains – cette métaphore des « sources » dans son *De Legibus*, – la source fondatrice de la morale et des lois juridiques qui en sont l'expression étant, selon lui, le *logos*, la raison »²³⁹.

²³⁷ JESTAZ Philippe, « Définir le droit ... ou l'observer », *op. cit.* note 119, p. 781.

²³⁸ AMSELEK Paul, « Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit » », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 252.

²³⁹ *Ibid.*, p. 253.

La polysémie du vocable « sources », susceptible de signifier tout à la fois mode de formation, origine historique, justification, fondement voire fonction²⁴⁰, constitue à l'évidence « un danger, commun à toutes les notions équivoques, qui est celui de passer plus ou moins subrepticement d'un sens à l'autre, de traiter syncrétiquement de problèmes très différents à la faveur d'une identité purement nominale »²⁴¹. Déjà, Kelsen affirmait que « la multiplicité des significations du terme *sources de droit (ou du droit)* le laisse apparaître comme vraiment inutilisable »²⁴². La doctrine continue néanmoins à utiliser le terme, qui paraît utilisable dès lors qu'une distinction est opérée entre les sources formelles qui désignent *les modes de formation de la règle sur le plan de la technique juridique*, et les sources matérielles que constitue *l'ensemble des raisons juridiques et/ou extra-juridiques justifiant la formation de la règle*.

61. Réalité de cette distinction dans la doctrine – cas du droit international. Une recherche sommaire dans la doctrine s'intéressant aux sources du droit international indique un certain foisonnement doctrinal focalisé sur ses sources formelles. L'on recense en effet pas moins de trois cours de l'Académie de La Haye sur les sources en général²⁴³ – sans compter les cours consacrés aux sources d'une branche spécifique du droit international²⁴⁴,

²⁴⁰ Paul Amselk note que la doctrine range souvent dans la catégorie des sources matérielles à la fois des faits, des principes et des fondements (*idem*) ; certains auteurs opèrent parfois des distinctions précises : « [s]i les fondements de la responsabilité répondent à la question de la justification, les fonctions répondent à la question du but » (CAMGUILHEM Benoit, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 132, 2014, p. 23).

²⁴¹ AMSELEK Paul, « Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit » », *op. cit.*, note 238, p. 254.

²⁴² KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 314.

²⁴³ HEILBORN Paul, « Les sources du droit international », *RCADI*, vol. 11, 1926, pp. 1-63 ; FINCH George A., « Les sources modernes du droit international », *RCADI*, vol. 53, 1935, pp. 531-651 ; GUGGENHEIM Paul, « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *RCADI*, vol. 94, 1958, pp. 1-84. La question des sources du droit international fait également l'objet de développements significatifs dans certains cours généraux, par exemple : CAHIER Philippe, « Changements et continuité du droit international : cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 195, 1985, pp. 161-252, où l'auteur note que c'est surtout du côté du droit des traités que les sources ont évolué jusqu'à la date de rédaction du cours (p. 252).

²⁴⁴ JUILARD Patrick, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, vol. 250, 1994, pp. 9-216 ; MARCOFF Marco G., « Sources du droit international de l'espace », *RCADI*, vol. 168, 1980, pp. 9-121.

quelques ouvrages généraux²⁴⁵ et un nombre très important d'ouvrages consacrés à une source du droit international en particulier. La plupart des approches internationalistes des sources du droit international partent, de manière logique, de l'article 38, §1^{er}, du Statut de la Cour internationale de Justice qui codifie les moyens de détermination du droit applicable par la Cour. Les manuels actuels de droit international public analysent toujours les sources du droit international sur la base de cet article, qui, « vieux de plus d'un demi-siècle, et remont[ant] à une époque où la société internationale n'avait ni la dimension ni l'hétérogénéité qui sont les siennes actuellement [...] offre tout au plus un guide utile et une typologie opératoire »²⁴⁶. Toutefois, la doctrine prend acte de l'évolution du droit international et notamment de ses modes de formation²⁴⁷ pour émettre de nouvelles approches s'émancipant de ce carcan, en proposant empiriquement de nouveaux modes de formation²⁴⁸ – revisitant parfois au passage la conception des modes traditionnels²⁴⁹ – et/ou en proposant

²⁴⁵ Celui du juge SØRENSEN, bien que daté, reste une référence : SØRENSEN Max, *Les sources du droit international. Étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale*, Copenhague, Einar Munksgaard, 1946, 274 p.

²⁴⁶ DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, *op. cit.* note 152, p. 295. Dominique Carreau affirme pour sa part « le caractère incomplet et désuet de la liste contenue à l'article 38 du Statut de la C.I.J. » (CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, *op. cit.* note 113, p. 114).

²⁴⁷ Ce terme est souvent préféré à celui de « sources ». Voir par exemple RIVIER Raphaële, *Droit international public*, *op. cit.* note 184, p. 29 : « L'expression « mode de formation » est plus précise que celle de « source formelle » : la première renvoie aux techniques de formation, la seconde inclut leurs produits ». Dans le même sens, voir COMBAÇAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, *op. cit.* note 184, pp. 42-43. À l'inverse, Joe Verhoeven conserve la terminologie classique : VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, *op. cit.* note 184, p. 313 – à noter toutefois que ce dernier manuel n'est pas des plus récents. Les deux expressions seront cependant utilisées de manière synonymique dans cette étude.

²⁴⁸ Voir DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), *op. cit.* note 95, p. 129. Les auteurs différencient la formation conventionnelle du droit international de celle non conventionnelle du droit international, cette dernière étant subdivisée entre les modes de formation spontanés (coutume, principes généraux de droit, équité) et les modes de formation volontaires (actes unilatéraux et actes concertés non conventionnels) du droit international. Voir également la proposition de voir dans les « résolutions légiférantes » une source ignorée par l'article 38 (VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, *op. cit.* note 184, pp. 355-363).

²⁴⁹ Dans son récent manuel, Raphaële Rivier estime que « Traité et coutume sont les supports principaux du droit international, auxquels s'ajoutent les actes unilatéraux des États » (RIVIER Raphaële, *Droit international public*, *op. cit.* note 184, p. 30), ce qui correspond à la prise en compte quasi-unanime des actes unilatéraux comme mode de formation du droit international (voir, par exemple VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, *op. cit.* note 184, pp. 441-448). En revanche, les principes généraux de et du droit relèvent pour Raphaële Rivier du droit coutumier, respectivement formellement ou par leur origine (RIVIER Raphaële, *Droit international public*, *op. cit.* note 184, p. 176), ce qui est contestable s'agissant des principes généraux « de » droit découlant directement de l'article 38 ; sur ce point,

une analyse critique de leur évolution²⁵⁰. Il ressort indéniablement de tous ces éléments que les modes de formation du droit international évoluent et que les sources se diversifient, quelle que soit la classification choisie. Pourtant, il apparaît que ne sont souvent présentées, dans les manuels et la doctrine en général, que les sources *formelles* du droit international, qui peuvent être définies ainsi :

« [L]es sources formelles du droit sont les procédés d'élaboration du droit, les diverses techniques qui autorisent à considérer qu'une règle appartient au droit positif. Les sources matérielles constituent les fondements sociologiques des normes internationales, leur base politique, morale ou économique plus ou moins explicitée par la doctrine ou les sujets du droit »²⁵¹.

62. Réalité de cette distinction dans la doctrine – cas du droit administratif. L'étude et l'examen des sources du droit revêtent une importance particulière chez les administrativistes français. Ainsi René Chapus y consacre-t-il le tout premier développement de son célèbre manuel²⁵². Ce souci d'étudier les sources du droit administratif est pourtant relativement récent²⁵³, ce qui n'est

voir DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), *op. cit.* note 95, p. 381.

²⁵⁰ Voir par exemple DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, *op. cit.* note 152 ; un chapitre « constantes et évolutions des modes de formation du droit international contemporain » (pp. 401-442) qui présente et analyse notamment de manière critique la « thèse de la crise du système normatif international » de Prosper Weil (pp. 403-407).

²⁵¹ DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh †), *op. cit.* note 95, p. 124.

²⁵² CHAPUS René, *Droit administratif général*, *op. cit.* note 176, p. 27 : « [L]orsqu'on se trouve en présence d'une norme juridique, on peut entreprendre de rechercher pourquoi elle existe, de quelles considérations elle procède, à quelles aspirations elle tend à répondre. Ce faisant, on recherche les sources matérielles de la norme. [...] On peut aussi s'attacher à déterminer par quel *jurislateur*, c'est-à-dire par quelle autorité créatrice de normes juridiques, ou bien par quel acte, les normes ont été édictées. Il s'agit alors de la détermination de leurs sources formelles [...] » (italique dans le texte original).

²⁵³ Firmin Laferrière n'évoque que les sources générales, départementales et communales de l'impôt dans son Cours des années 1840 (LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif*, deuxième édition, Paris, Joubert, 1841-1846, p. 208). Les travaux contemporains font de même ; voir par exemple le Précis d'É.-V. Foucart dans les mêmes années, qui n'évoque pas les sources autrement que sous l'angle...de la propriété des sources des cours d'eau naturels (FOUCART Émile-Victor, *Précis de droit public et administratif*, Paris, Videcoq Père et Fils, 1844, §§451 et suivants, p. 202) ou encore, plus tard, BATBIE Anselme, *Précis du cours de droit public et administratif*, troisième édition, Cotillon, Paris, 1869, 872 p. (aucune mention). Quarante ans après son père, Édouard Laferrière, dans son Traité majeur, ne les aborde que dans la préface du tome premier (LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome premier, Paris,

par exemple pas le cas en doctrine étrangère. Ainsi, tandis que la doctrine allemande consacre au début des années 1930 d'importants développements, parmi les « notions fondamentales » du droit administratif allemand, à ses sources²⁵⁴, le Doyen Hauriou n'y consacre pour sa part aucun développement spécifique dans son *Précis* de 1933 alors qu'il développe largement la question de l'autonomie du droit administratif²⁵⁵, ce qui ne manque pas d'étonner le juriste contemporain habitué à démontrer l'autonomie d'un droit – notamment – par ses sources²⁵⁶. Si l'on met de côté les écrits du Doyen Bonnard qui démontrent un intérêt particulier pour cette question²⁵⁷, ce n'est que dans les

Berger-Levrault, 1887, pp. VII-VIII) puis évoque, dans le tome second et de manière insignifiante, « les sources multiples auxquelles la jurisprudence du Conseil d'État a dû puiser pour régler [le contentieux spécial de la répression en matière de domaine public] » (LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome second, Paris, Berger-Levrault, 1888, p. 602). Le Doyen Berthélémy, bien qu'affirmant d'emblée que « [l]e fondement de l'autorité administrative se trouve dans la Constitution » (BERTHÉLÉMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, 11^{ème} éd., Paris, Arthur Rousseau, 1926, p. 11), ne fait aucune mention en 1926 des sources du droit administratif ; Gaston Jèze n'évoque qu'au détour d'un développement le fait que le juge « trouve [le droit] très ordinairement inscrit dans un texte de loi, ou bien dans les arrêts concordants des tribunaux supérieurs (jurisprudence) » (JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, 2^{ème} éd., Paris, Marcel Giard, 1925, p. 35).

²⁵⁴ FLEINER Fritz, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, op. cit. note 165, pp. 48-62. L'auteur introduit le sujet en précisant que « [l]es règles du droit administratif découlent des mêmes sources que les normes juridiques en général. Aussi nous bornerons-nous à extraire de la théorie générale des sources du droit ce qui a une particulière importance pour le droit administratif » (p. 48).

²⁵⁵ Voir HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, (Sirey, 12^{ème} éd., édition revue et mise à jour par André HAURIOU, 1933), réédition présentée par Pierre DELVOLVÉ et Franck MODERNE, Paris, Dalloz, 2002, pp. 22 et suivantes. Alors qu'il présente un chapitre deuxième portant sur la définition du droit administratif, sa place dans l'ensemble du droit et donc son autonomie, ce dernier ne fait mention que des « règles spéciales exceptionnelles » (p. 22) et des emprunts à titre supplétif aux règles de droit privé pour affirmer l'existence d'un « droit exceptionnel autonome » (p. 30).

²⁵⁶ Cette absence est d'autant plus marquante qu'elle contraste parfaitement avec l'attention particulière que portent, à la même époque, les internationalistes aux sources du droit qu'ils étudient (voir *supra*, note 243). L'absence totale de mention des sources dans le manuel de droit administratif de René Foignet en 1893 (FOIGNET René, *Manuel élémentaire de droit administratif*, deuxième édition, Paris, Rousseau, 1893, 411 p.) est ainsi saisissante, dans la mesure où son manuel de droit international public de 1899 (FOIGNET René, *Manuel élémentaire de droit international public*, troisième édition, Paris, Rousseau, 1899, 430 p.) expose les « [s]ources du droit des gens positif » dès la cinquième page, et propose très rapidement un exposé de leur dimension théorique (pp. 7-9).

²⁵⁷ Déjà dans son *Précis élémentaire de droit public* de 1932, le futur Doyen de la Faculté de Bordeaux fait une large part aux « sources du droit public français » en introduction (BONNARD Roger, *Précis élémentaire de droit public*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1932, pp. 30-32 ; les développements spécifiques aux sources du droit administratif dans la dernière édition de son *Précis de droit administratif* dix ans plus tard sont tout à fait

années 1950 que la doctrine française – comme italienne²⁵⁸ – commence à s'intéresser aux sources du droit administratif. En 1953, André de Laubadère évoque rapidement, dans son manuel, les sources du droit administratif dans un chapitre premier sur « l'originalité du droit administratif français » ; il affirme alors que « le droit administratif est issu des trois sources que l'on trouve dans toutes les branches du droit : la *loi écrite*, la *coutume* et la *jurisprudence* »²⁵⁹, avant se consacrer plus loin l'étude des sources de la légalité aux sources écrites²⁶⁰ d'une part, et non écrites²⁶¹ d'autre part. Marcel Waline, qui écrit lui aussi – de manière expéditive – que « [p]our le droit administratif, comme pour toutes les branches de droit, les sources sont le droit écrit, la coutume et, indirectement, la jurisprudence »²⁶², reprend cette distinction en l'adaptant, considérant que puisque « la coutume proprement dite, l'usage répété, suivi avec la conviction que c'est la règle de droit, joue un assez faible rôle en droit administratif »²⁶³, il n'est pas pertinent de l'étudier²⁶⁴. D'autres auteurs français écrivant à cette époque voient dans la doctrine – synthétisant la jurisprudence – une source, aux côtés du législateur et de la jurisprudence²⁶⁵ ; enfin peut-on citer

notables également (BONNARD Roger, *Précis de droit administratif*, 4ème éd., Paris, LGDJ, 1943, pp. 22-23).

²⁵⁸ Pas plus que celui d'Antonio Salandra en 1921 (SALANDRA Antonio, *Corso di diritto amministrativo*, Roma, Athenaeum, 1921, 375 p.) l'ouvrage de Tino Vitta ne prévoit aucun développement spécifique relatif aux sources du droit administratif italien, ni en 1949 (VITTA Cino, *Diritto amministrativo*, Terza edizione riveduta e aggiornata, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1949, 691 p.), ni en 1954 (VITTA Cino, *Diritto amministrativo*, Quarta edizione aggiornata, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1954, 743 p.). En revanche, la plupart des manuels y consacrent des développements substantiels au moins dès 1945. Voir par exemple ZANOBINI Guido, *Corso di diritto amministrativo*, vol. 1, Quarta edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1945, pp. 55-86 ; ou DE VALLES Arnaldo, *Elementi di diritto amministrativo*, Terza edizione, Padova, CEDAM, 1956, pp. 12-38.

²⁵⁹ DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, *op. cit.* note 168, p. 28.

²⁶⁰ *Ibid.*, pp. 205-209. L'auteur distingue le « bloc légal des lois et règlements », les lois constitutionnelles, le Préambule de la Constitution de 1946 alors en vigueur et « le problème des règles de droit individuelles » dont l'auteur considère que l'illégalité de leur violation réside « dans la violation d'une règle générale non écrite » (p. 208, italiques dans le texte).

²⁶¹ *Ibid.*, pp. 209-211 ; sont mentionnés la coutume, la jurisprudence et les principes généraux du droit.

²⁶² WALINE Marcel, *Droit administratif*, Paris, Sirey, Traité Sirey, 8^{ème} éd. mise à jour de la Constitution de 1958, 1959, p. 105.

²⁶³ *Idem.*

²⁶⁴ L'auteur ne traite donc que du « droit écrit » (*ibid.*, pp. 106-130) et de la jurisprudence ou plutôt des « juridictions administratives », incluant dans la recherche des sources des règles du droit administratif des développements très conséquents sur l'organisation du contentieux, les frais de procédure, la saisine des tribunaux, les voies de recours et les garanties procédurales (*ibid.*, pp.131-242) ; autant d'éléments qui, aujourd'hui, ne sont plus présentés – certainement à raison – comme relevant des sources du droit administratif.

²⁶⁵ DUEZ Paul, DEBEYRE Guy, *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952, pp. 3-4.

utilement le *Cours* de Charles Eisenmann de 1952-1953, qui évoque cette fois en profondeur l'ambivalence du terme « source » dans sa recherche de l'affirmation de l'autonomie du droit applicable à l'administration²⁶⁶. Certains ouvrages contemporains traitent des sources du droit administratif dans le cadre de l'étude du principe de légalité comme un seul titre, sans différencier les sources écrites et non écrites²⁶⁷ ; d'autres se conforment à la distinction classique entre sources écrites et non écrites pour présenter les sources administratives hiérarchisées²⁶⁸ en leur sein, en les faisant parfois apparaître là où on ne les attend pas²⁶⁹. Celles-ci sont principalement – mais pas exclusivement – constitutionnelles, internationales, communautaires, légales, réglementaires, coutumières et jurisprudentielles. De ces éléments ressortent essentiellement deux idées : l'inexistence d'une méthode universelle de présentation des sources, qui traduit un flou conceptuel autour de la manière par laquelle peuvent être appréhendées les sources d'un droit ; mais à l'inverse un consensus pour ne présenter que les sources *formelles* du droit administratif. Ces deux constats ne sont pas démentis par les présentations proposées – lorsque les sources font l'objet de développements²⁷⁰ – dans les manuels et ouvrages relatifs aux droits

²⁶⁶ EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, DES Droit public 1952-1953, Paris, Les cours de droit, pp. 21-52.

²⁶⁷ GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, tome 1, Paris, Dalloz, Traité Dalloz, 2011, pp. 383-528.

²⁶⁸ Comme le relève un auteur, les règles sont « hiérarchisées et cette hiérarchie constitue un nouvel élément du mécanisme de légalité » (GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif*, *op. cit.* note 163, p. 532) ; il paraît donc logique d'en tenir compte dans l'exposé des sources desdites règles.

²⁶⁹ Yves Gaudemet ne les évoque que dans un titre consacré aux « actes administratifs » (*ibid.*, pp. 530-597).

²⁷⁰ Par exemple, les sources du droit administratif américain ne font la plupart du temps pas l'objet de sections spécifiques ; voir ainsi SCHWARTZ Bernard, *Le droit administratif américain. Notions générales*, Paris, Sirey, 1952, 249 p. ; plus récemment PIERCE Richard J. Jr., *Administrative Law*, Second Edition, New York, Foundation Press, 2012, 185 p.

administratifs belge²⁷¹, allemand²⁷², espagnol²⁷³, italien²⁷⁴, britannique²⁷⁵ et européen en général²⁷⁶, ou encore africain d'origine française²⁷⁷ – ce malgré leurs grandes différences historiques, conceptuelles et matérielles, et l'existence de systèmes spécifiques²⁷⁸. Au regard de ces divergences cependant, la

²⁷¹ BATSELÉ Didier, MORTIER Tony, SCARCEZ Martine, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 19-56. Les auteurs énumèrent toutefois une série de sources « réelles » du droit administratif belge, en ce qu'elles « expriment les besoins de la société à un moment déterminé et se caractérisent par leur évolutivité en fonction des changements sociaux, économiques ou politiques » (p. 19).

²⁷² Voir, adoptant une distinction entre « sources » et « sources du droit non organisées » – la coutume et les usages locaux –, FORSTHOFF Ernst, *Traité de droit administratif allemand*, traduit par Michel FROMONT, Bruxelles, Bruylant, 1969 (édition originale : München, Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 9^{ème} éd., 1966), pp. 205-242 ; adoptant une distinction hiérarchique entre sources écrites, sources non écrites coutumières, principes généraux de droit, circulaires puis droit des *Land*, MAURER Helmut, *Droit administratif allemand*, op. cit. note 167, pp. 60 et ss. Voir également JACQUEMET-GAUCHÉ Anne, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne. Étude de droit comparé*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 275, 2013, pp. 29-30.

²⁷³ FRANCH Marta, « Le droit administratif espagnol dans le creuset européen », in AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, op. cit. note 228, p. 814.

²⁷⁴ FRANCO Italo, *Manuale del nuovo diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 137-178.

²⁷⁵ PARPWRORTH Neil, *Constitutional & Administrative Law*, 8th ed., Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 185-251. Les sources spécifiques du droit administratif ne sont cependant pas distinguées, mais traitées dans une partie « Sources of Public Law » de manière générale. D'autres manuels ne traitent, *contra*, pas les sources du droit administratif britannique (par exemple : ENDICOTT Timothy, *Administrative Law*, Fourth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2018, 644 p.), tandis que d'autres les traitent très succinctement (par exemple : CANE Peter, *Administrative Law*, Fifth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 17).

²⁷⁶ FROMONT Michel, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, Thémis droit, 2006, pp. 74-86 ; l'auteur distingue les règles écrites de droit interne des règles non écrites de droit interne et des règles de droit international et européen.

²⁷⁷ LATH Yédoh Sébastien, « Les caractères du droit administratif des États africains de succession française. Vers un droit administratif africain francophone ? », *RDP*, 2011, n°5, pp. 1255-1288. L'auteur précise que les sources de ces droits sont globalement moins jurisprudentielles qu'en France. Parmi d'autres, voir l'exemple congolais (MOUDOUDOU Placide, *Droit administratif congolais*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 15-31) ou l'exemple sénégalais – la doctrine évoque une « inversion des sources » par rapport à l'héritage français (SY Demba, *Droit administratif*, 2ème édition revue, corrigée et augmentée, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, Crédila, 2014, pp. 44-45).

²⁷⁸ Le droit administratif polonais se caractérise par exemple par une distinction constitutionnelle entre les sources de droit « à validité universelle » et les sources « internes » ; mais celle-ci concerne davantage les destinataires des normes que leurs modes de formation. Les sources sont ainsi similaires à celles des autres États mentionnés (voir WOJTYCZEK Krzysztof, « Le droit administratif polonais dans le

comparaison ne saurait aller plus loin sans « comparer l'incomparable »²⁷⁹ et verser dans le contresens : il suffit de constater à ce stade qu'un certain modèle se dessine autour de la présentation de sources purement formelles.

2) Le choix opéré : la recherche des sources formelles enrichie par la mesure du rôle des sources matérielles

63. *Choix opéré dans l'étude.* Si ce choix terminologique devenu classique répond aux difficultés issues de la « réalité protéiforme » désignée par le terme « source »²⁸⁰, encore faut-il déterminer si les deux outils seront mobilisés, ou dans la négative lequel des deux outils sera mobilisé pour analyser le droit administratif global. Si une approche fondée sur l'analyse du droit positif conduit à retenir une approche basée sur les sources formelles, il est toutefois soutenable que faute de rechercher les sources matérielles d'une norme,

« on abandonne le point de vue qui pouvait justifier la métaphore de la source ; délaissant l'origine ultime – la source – des normes concrètes que déterminent les règles relatives à leur formation et à leur régime, pour s'intéresser aux caractères propres de chaque classe de règles – les sources –, on perd volontairement de vue la source du fleuve »²⁸¹.

Il apparaît néanmoins nécessaire de sacrifier la justesse de la métaphore sur l'autel de la logique scientifique. À l'instar de Cécile Granier dans son étude sur les sources du droit financier, le choix d'écarter préalablement les sources matérielles est justifié « tant par l'impossibilité de systématiser les sources réelles du droit, du fait de la pluralité et du désordre qui les caractérisent, que par le caractère a-juridique d'un tel objet d'étude, ce qui le place hors du champ d'investigation direct du juriste »²⁸², malgré la tentation d'une compréhension en profondeur du droit administratif global :

« [c]hez le juriste superficiellement positiviste, la tentation est grande de ne pas s'en tenir, en réalité, aux seules sources formelles. Mais le danger

creuset européen », in AUBY Jean-Bernard DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *Droit administratif européen*, op. cit. note 228, pp. 845-849).

²⁷⁹ Voir HAUT François, « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *RIDC*, vol. 41, n°4, 1989, pp. 907-914. La citation est tirée de la page 907.

²⁸⁰ GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, op. cit. note 38, p. 21.

²⁸¹ COMBACAU Jean, « Chapitre VI – Sources internationales et européennes du droit constitutionnel », in TROPER Michel, CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, tome 1, Paris, Dalloz, Traités Dalloz, 2012, p. 414 (en italique dans le texte original).

²⁸² GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, op. cit. note 38, p. 23.

est double. Il est assez artificiel d'essayer de synthétiser les causes réelles de toutes les règles d'une discipline juridique : le risque est d'aboutir à des généralisations approximatives, sinon erronées, tant les sources d'inspiration et d'influence sont variables et contingentes d'une règle de droit à l'autre. [...] On voit un autre danger aux études trop synthétiques des causes réelles du droit : celui de tomber dans le sociologisme, le moralisme, le jusnaturalisme, le déterminisme ou le conservatisme »²⁸³.

Certains choix théoriques pourraient permettre, à première vue, de contourner le problème. Ainsi, selon l'objectivisme sociologique de Scelle, il n'existe qu'une seule source matérielle, et elle est extra-juridique²⁸⁴. Il faut toutefois, pour l'analyser pleinement, avoir recours à des outils de sociologie, philosophie, anthropologie voire ethnologie, dont la pertinence est douteuse dans le cadre de cette étude. Quand bien même cette option méthodologique serait adoptée, il faut constater que cette vision de la source matérielle est insuffisante. La présence de sources matérielles dérivées ou accessoires, rassemblant les raisons plus pragmatiques conduisant à l'adoption de la règle²⁸⁵, serait inévitablement décelée, engendrant la conceptualisation d'une nouvelle distinction au sein des sources matérielles, ce qui aurait pour conséquence de faire tomber l'étude dans le premier écueil décelé par Benoit Plessix. Sa proposition d'une « voie médiane [qui] peut consister, tout en se plaçant dans le cadre des sources formelles, de

²⁸³ PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 12.

²⁸⁴ SCELLE Georges, « Essai sur les sources formelles du droit international », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. III – Les sources des diverses branches du droit*, op. cit. note 233, p. 399 : « il faut bien entendre que la source dite matérielle n'est pas une source. C'est la nappe juridique profonde et une qui donne naissance à plusieurs sources extérieures [...] par qui s'expriment la nature et l'intensité du fait originaire, le fait social, seule cause réelle de l'existence du droit objectif et de ses sources formelles ». D'autres auteurs ont pu affirmer l'existence d'une source matérielle unique, mais bien différente. Ainsi René Capitant, dans sa thèse restée célèbre, écrit : « L'inventeur d'une règle est toujours un individu. [...] C'est un individu qui formule pour la première fois une règle nouvelle. C'est le journaliste qui en lance l'idée, ou l'auteur d'une proposition de loi, ou l'écrivain qui se fait l'apôtre d'une réforme, ou le théoricien qui construit tout un ordre juridique idéal, Rousseau, Karl Marx. Cet individu est législateur de droit idéal. Ainsi la source du droit est toujours individuelle. Le droit, comme toutes les institutions sociales, prend naissance dans le cerveau des inventeurs » (CAPITANT René, *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, Paris, Dalloz, 1928, pp. 127-128, italique dans le texte original). L'auteur différencie toutefois la source du créateur de la positivité, qui est la masse sociale (p. 129).

²⁸⁵ L'on pourrait par exemple évoquer les *lobbies*, dont l'activité européenne a pu être qualifiée de « force créatrice du droit » (voir LASSERRE Valérie, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 175, ainsi que les références citées), et d'une manière générale les « forces » identifiées par G. Ripert : RIPERT Georges, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., LGDJ, 1955, 431 p.

prendre la mesure de leur rôle réel »²⁸⁶ est à cet égard à la fois plus sage et réaliste. Il s'agira donc de développer une approche fondée sur le concept de source formelle, sans ignorer pour autant l'existence de sources matérielles qui pourront contribuer à affiner l'analyse du droit administratif global.

B – LA SOURCE FORMELLE : UN OUTIL DYNAMIQUE

64. *Diversité de la notion de source formelle.* Le choix de rechercher les sources formelles du droit administratif global implique enfin de déterminer le contenu de cet objet d'étude. De nombreux jalons sont posés par la doctrine, qui admet que « ce qu'on appellera « source du droit » dépend d'un *choix* relativement arbitraire, c'est-à-dire de la façon dont chacun aimera mieux utiliser cette expression »²⁸⁷.

65. *Vision souple et pluridimensionnelle de la source formelle.* Philippe Jestaz estime que l'expression « source formelle » est « [p]robablement une absurdité sémantique. La rigueur de l'épithète contredit la fluidité du substantif »²⁸⁸. Le fait que cette terminologie soit toujours employée actuellement par la doctrine – bien que de manière toujours contestée – contredit l'idée de son inutilité, ou, à tout le moins, valide la thèse de son absence d'inutilité totale ; toutefois, l'idée latente selon laquelle la source formelle devrait être appréhendée de manière souple paraît à la fois cohérente et adaptée à l'étude du droit administratif global. Ainsi la source formelle constitue, pour Isabelle Hachez, « un instrument qui suit un processus d'élaboration déterminé, ou en tout cas répond à certains critères de reconnaissance, sans nécessairement être le fait d'un auteur habilité à dire le droit »²⁸⁹. Cette proposition traduit bien

²⁸⁶ PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, *op. cit.* note 283, p. 12.

²⁸⁷ HABA Enrique P., « Logique et idéologie dans la théorie des « sources » », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, pp. 238-239. Voir, dans le même sens, GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, *op. cit.* note 38, p. 35 : « [t]oute recherche sur les sources semble ainsi fondée sur des assises mouvantes et relatives », du fait de la dimension idéologique de « toute entreprise d'identification ou de définition des sources [, qui] apparaît reposer sur un positionnement intellectuel initial » (*ibid.*, p. 33).

²⁸⁸ JESTAZ Philippe, « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTDCiv*, 1993, p. 73. Un florilège de ce type de sentence sans concessions a d'ailleurs été relevé récemment : HACHEZ Isabelle, « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa ? », in HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées. Volume 4. Théorie des sources du droit*, *op. cit.* note 236, pp. 51-52.

²⁸⁹ HACHEZ Isabelle, « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa ? », *ibid.*, p. 55, note n°18. L'auteur se base en particulier sur les travaux de VIRALLY

le caractère pluridimensionnel du concept de source formelle que synthétise Cécile Granier²⁹⁰. En effet, il est possible de distinguer trois volets dans la confection de la norme juridique : un versant organique par « l'intervention d'entités déterminées » aux missions diverses, comme déterminer le contenu de la norme ou l'adopter formellement²⁹¹, un versant matériel qui réside dans le *support* normatif utilisé²⁹² – c'est-à-dire l'instrument formel – et un versant procédural désignant « la mise en œuvre de procédures déterminées, qui conditionnent l'entrée en vigueur ou l'extériorisation des normes juridiques »²⁹³, comme le vote de la loi. Chacun de ces volets correspond au concept de source formelle du droit, mais peut être individualisé. En d'autres termes, il convient d'adopter une conception large et ouverte de la source formelle pour désigner *les techniques et processus permettant à une norme donnée d'intégrer le droit positif et d'être identifiée comme telle*.

II – L'HYPOTHÈSE DE L'ÉTUDE : L'EXISTENCE DE « SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL »

66. Exposé des arguments opposables et formulation de l'hypothèse. La thèse suppose l'existence de sources formelles des normes composant le droit administratif global et prend le pari qu'il est possible d'en rendre compte par une théorie des sources, entendue comme une manière de présenter de manière ordonnée les modes de formation du droit positif²⁹⁴. Telle est, sommairement, l'hypothèse que la présente étude propose de vérifier. Une telle approche a pourtant été d'abord rejetée par les concepteurs du *GAL* avant que sa pertinence soit globalement admise ; d'autres approches réticentes à l'idée d'une analyse des sources formelles du droit administratif global peuvent par ailleurs être identifiées. Pour formuler la thèse proposée de manière complète (**B**), il est ainsi convenable d'examiner au préalable les objections – existantes ou possibles – apportées à la question de la possibilité d'utiliser les sources formelles pour analyser le droit administratif global (**A**).

Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, 226 p. Sa vision selon laquelle les sources formelles sont les « modes de formation des normes juridiques, c'est-à-dire les procédés et les actes par lesquels ces normes accèdent à l'existence historique : s'insèrent dans le droit positif et acquièrent validité » (p. 148) demeure d'actualité.

²⁹⁰ GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, *op. cit.* note 38, p. 23.

²⁹¹ *Idem*.

²⁹² *Ibid.*, pp. 23-24.

²⁹³ *Ibid.*, p. 24.

²⁹⁴ Voir la définition précise développée §73.

A – LE REJET DES OBJECTIONS RELATIVES À L'ÉTUDE DES SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

67. *Suffisance des sources du droit international et inadéquation des sources formelles au droit administratif global.* Deux séries de considérations pourraient être opposées à l'objet de la recherche ; elles sont d'ailleurs contradictoires. Il faut d'abord rejeter l'idée de la suffisance des sources du droit international pour analyser les phénomènes relevant du droit administratif global (1) puis surmonter le postulat – plus que la démonstration – selon lequel le droit administratif global, et de manière générale les phénomènes normatifs issus de la globalisation, seraient totalement rétifs à toute analyse sous le prisme des sources du droit (2).

1) L'argument de la suffisance des sources du droit international public

68. *Nécessité de ne pas enfermer les phénomènes normatifs observés dans un cadre pré-imposé.* Une première approche consiste à admettre l'utilité d'une théorie des sources, et, appliquée au droit international public, de considérer qu'elle suffit à appréhender l'ensemble des nouveaux phénomènes identifiés sous l'expression « droit administratif global ». S'appuyant sur une vision souple des sources du droit international, un tel argument peut séduire : sous réserve de ne pas se borner à la formulation de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, le droit international public paraît effectivement suffisamment flexible pour être étendu à la plupart des situations traitées par les entités globales. Toutefois, une telle analyse néglige la dimension « globale » du droit étudié, laquelle implique notamment de ne pas chercher à faire coïncider artificiellement l'intégralité des phénomènes normatifs rencontrés avec des sources relevant de l'ordre juridique international. L'une des plus-values de l'étude réside justement dans le choix d'observer la formation de ces normes sans présupposé quant à leur ordre juridique d'origine, ce qui permet d'inclure des processus qui ne sont pas considérés par le droit international classique comme des modes de formation de ce droit ; l'on pense aux sources de certaines normes de droit interne étatique, mais également et surtout à celles de normes de droit administratif global relevant des « droits internes » développés par les entreprises multinationales ou organisations non gouvernementales. Il n'est pas soutenu que l'inclusion de ces processus de formation normative parmi les modes de formation du droit international est impossible, ce qui relèverait d'une position idéologique préalable tout aussi critiquable que celle qui est écartée ici ; elle ne peut néanmoins s'opérer, en l'état actuel du droit international et malgré sa souplesse, sans quelques contorsions intellectuelles qui s'avèrent indispensables. Une approche basée sur

la simple observation du droit positif sans rattachement préalable à un système de sources préconçu apparaît donc à la fois plus souple et plus pertinente.

2) L'argument de l'inadéquation des « sources formelles » face à la globalisation

69. *Absence de système de prédétermination des sources et nécessité d'une approche non formaliste du phénomène juridique.* Une seconde approche consiste à renoncer à utiliser les « sources formelles » à propos du droit administratif global ; elle se divise en deux branches. La première réside dans l'idée que tenter de dégager une théorie des sources du droit administratif global serait une aporie du fait de l'impossibilité d'identifier un mode de production des sources formelles – soit des « méta-sources » formelles. La seconde, propre à la doctrine du GAL bien qu'elle semble l'avoir nuancée, a consisté à rejeter de manière générale le *formalisme* inhérent à toute théorie des sources, lequel serait inadapté à l'étude de la réalité du phénomène juridique dans le contexte de la globalisation.

70. *L'argument de l'absence de système de prédétermination des sources formelles.* Pour Bruno Oppetit,

« la notion de source du droit [...] constitue bien un mode d'édition du droit, mais c'est un mode *prédéterminé* ; en d'autres termes, elle ne saurait se reconnaître compétence à elle-même à l'effet de produire des règles de droit, encore faut-il que ce rôle lui ait été imparti. Mais alors, selon quel processus tel ou tel mode de production de normes va-t-il accéder au rôle de source de droit ? Qui trouve-t-on à l'origine de cette prédétermination ? À quelle autorité revient-il d'instaurer les normes de compétence normative ? C'est précisément le rôle d'une théorie des sources du droit que de répondre à ces questions »²⁹⁵.

Une telle définition paraît éloignée des considérations et surtout des spécificités du droit administratif global, dont aucune autorité ne saurait *a priori* prédéterminer l'édition des règles étudiées, essentiellement car les sources recherchées du droit administratif global ne s'analysent pas sous le prisme d'un seul ordre juridique – au sein duquel il serait possible de rechercher un système de détermination unique. Cet argument ramène également à l'absence de base constitutionnelle du droit administratif global²⁹⁶ ; deux réponses peuvent y être

²⁹⁵ OPPETIT Bruno, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 44.

²⁹⁶ Cette question est notamment abordée par CASSESE Sabino, *Au-delà de l'État*, op. cit. note 17, pp. 102-104.

apportées. D'une part, il faut relever que la question n'est pas différente dans d'autres domaines, comme en droit international public²⁹⁷ où elle a trouvé de nombreuses réponses doctrinales : « l'absence d'un texte de nature constitutionnelle définissant à l'avance, et de façon définitive, les sources du droit n'est pas nécessairement un obstacle à l'existence d'un système juridique formel et unitaire »²⁹⁸ – un tel système n'étant néanmoins pas recherché dans le cadre de cette étude. D'autre part, il n'est pas question d'affirmer de manière préalable que les normes de droit administratif global jaillissent hors de tout ordre juridique. Au contraire, l'angle proposé conduit à envisager la production normative en se plaçant à chaque fois du point de vue de l'ordre juridique concerné, ce qui implique d'en étudier un très grand nombre du fait du postulat pluraliste adopté. La question du système d'attribution de la qualité de source formelle ne peut donc recevoir une réponse unique : chaque ordre juridique dispose de son propre système, certains étant particulièrement institutionnalisés, d'autres très peu. Lorsque l'ordre juridique observé semble défaillant à déterminer une telle qualité, la théorie de Hart²⁹⁹ selon laquelle « dans un système juridique moderne, les critères d'identification fournis par la règle de reconnaissance incluent une diversité de sources du droit »³⁰⁰, peut être mobilisée. Selon le théoricien britannique, la « plupart du temps, la règle de reconnaissance ne se trouve pas énoncée, mais son existence se *manifeste* dans la manière dont les règles particulières sont identifiées, soit par les simples particuliers, soit par leurs conseils »³⁰¹. Il apparaît donc que l'absence d'un

²⁹⁷ Voir par exemple PAYANDEH Mehrdad, « The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart », *EJIL*, vol. 21-4, 2011, pp. 990-991.

²⁹⁸ PROST Mario, *Unitas Multiplex. Unités et fragmentations en droit international*, *op. cit.* note 21, p. 104.

²⁹⁹ HART Herbert L.A., *Le concept de droit*, Deuxième édition augmentée, traduit de l'anglais par Michel VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 334 p.

³⁰⁰ GÉRARD Philippe, « Les règles de reconnaissance et l'identification des normes juridiques valides », in HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées. Volume 4. Théorie des sources du droit*, *op. cit.* note 288, p. 67.

³⁰¹ HART Herbert L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.* note 299, p. 120. La règle de reconnaissance étant susceptible d'établir un ordre hiérarchique entre différentes sources formelles afin de résoudre d'éventuels conflits (GÉRARD Philippe, « Les règles de reconnaissance et l'identification des normes juridiques valides », *ibid.*, p. 74 ; PAYANDEH Mehrdad, « The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart », *op. cit.* note 297, p. 989), il est même possible par extension de fonder une théorie des sources sur une ou plusieurs règles de reconnaissance. L'idée de définir la règle de reconnaissance comme instituant une pratique coordonnée d'identification des sources du droit a d'ailleurs pu être développée par la doctrine ; voir par exemple MARMOR Andrei, « Legal Conventionalism », in COLEMAN Jules (dir.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 199-217. S'agissant du propos, il est en réalité assez difficile de déterminer si Hart imagine

système général de prédétermination des sources formelles n'est nullement un obstacle à la recherche.

71. L'argument de l'incapacité d'une théorie des sources à saisir le droit administratif global. La doctrine du GAL semble rejeter si fermement la notion de source formelle qu'il paraît indispensable de s'arrêter sur ses arguments. Selon Édouard Fromageau, ce rejet initial, impliquant celui d'une théorie des sources, a pour conséquence

« d'écarter du canevas conceptuel du GAL la principale caractéristique de cette théorie, à savoir son formalisme en tant que « méthode d'identification du droit au travers de l'utilisation de critères formels, [...] qui vise ainsi à différencier le droit du non-droit ». Dans le cadre de la théorie des sources, cela signifie que le droit est reconnu comme tel en prenant comme critère son « pedigree formel ». La source formelle sera donc celle qui pourra se prévaloir d'une conformité à un ensemble de procédures spécifiques. Telle ne semble pas être l'approche adoptée par les concepteurs du GAL lorsqu'il s'agit d'identifier ce qu'est le droit au sein du GAL. Sont considérées comme sources du GAL aussi bien les standards (alors dénommés *Global Standards*) émis par des entités publiques ou privées, que les normes de droit international public et, particulièrement, les traités. De ces deux exemples de normes du GAL, le formalisme ne ressort pas comme caractéristique commune. Plutôt que de se référer à la forme des normes et décisions de l'Administration globale pour les identifier, les promoteurs du GAL font usage de la notion de pratique normative »³⁰².

La doctrine du GAL décline ainsi l'expression de « pratique », entendue comme les mesures prises par les « institutions administratives globales qui ne rentrent dans aucune des catégories formelles utilisées en droit international public »³⁰³, en faisant référence d'une part à la « pratique institutionnelle », laquelle renvoie aux « façons d'agir des institutions du GAL »³⁰⁴, et d'autre part à la « pratique normative », qui « semble décrire cette part de la pratique institutionnelle ayant

que les sources sont elles-mêmes des règles de reconnaissance – l'hypothèse est douteuse – ou que chaque source est fondée sur une règle de reconnaissance, et qu'ainsi seule la règle de reconnaissance *ultime* intervient dans le jugement externe quant à l'existence du système (HART Herbert L.A., *Le concept de droit, op. cit.* note 299, pp. 130-131). Cette dernière option reviendrait en somme à concevoir plusieurs règles de reconnaissances dérivées d'une règle de reconnaissance ultime apte, le cas échéant, à fonder la cohérence du système, ce qui ne contredit pas le raisonnement sur lequel est basée cette étude.

³⁰² FROMAGEAU Édouard, *La théorie des institutions du droit administratif global. Étude des interactions avec le droit international public, op. cit.* note 22, p. 49.

³⁰³ *Ibid.*, p. 50.

³⁰⁴ *Idem.*

une dimension normative et qui, ainsi, constitue une source du GAL »³⁰⁵. Si l'on en croit ces conclusions, les auteurs du GAL participeraient donc du mouvement de déformalisation du droit international amplement dénoncé par ailleurs³⁰⁶. L'interprétant en partie comme une sorte de mode dictée par la « course effrénée à la production doctrinale »³⁰⁷, Jean d'Aspremont analyse son invocation par la doctrine du GAL et note que le projet « repose sur une méthodologie dialectique en vertu de laquelle à une déformalisation initiale et un abandon de la théorie des sources succède [...] un retour au formalisme en vue de l'élaboration des principes »³⁰⁸. Ainsi démontre-t-il que le rejet de la théorie des sources formelles est « compensé [...] par la rémanence d'une théorie de la validité substantielle. En effet, les principes et procédures [...] sont dérivés d'un *ius gentium* qui prend, dans la théorie du droit administratif global, la forme particulière d'un principe de *publicness* »³⁰⁹ ; ce dernier principe, mal défini, revenant à « une sorte de règle de reconnaissance renvoyant à certains principes normatifs immanents et transcendants »³¹⁰. En d'autres termes, le rejet de l'idée de sources formelles

³⁰⁵ *Idem.* L'auteur cite ici BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Qu'est-ce que la pratique en droit international ? », in SFDI, *La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 22, laquelle évoque les pratiques financières ainsi que les pratiques environnementales, lesquelles « sont dénuées ainsi de toute constance ou uniformité [...]. Ce sont des pratiques qui sont prises en compte en dehors de toute référence au processus de formation de la coutume internationale. L'élément juridique n'est pas absent car le développement de ces pratiques s'arrime à des cadres institutionnels ou conventionnels. Ces derniers jouent le rôle de cercles de légalité et de légitimité ».

³⁰⁶ D'ASPREMONT Jean, « La déformalisation dans la théorie des sources du droit international », in HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées. Volume 4. Théorie des sources du droit*, *op. cit.* note 288, pp. 289-293. L'auteur note plusieurs « conséquences néfastes de la déformalisation et de l'abandon de la théorie des sources du droit international » (p. 290) : l'érosion du caractère normatif du droit international, la cacophonie doctrinale, la diminution du potentiel d'évaluation critique du droit ou encore l'affaiblissement de l'État de droit. Voir également, pour un plaidoyer convaincant contre la déformalisation entendue dans un sens restrictif : D'ASPREMONT Jean, *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 322 p., et notamment les pp. 222-224.

³⁰⁷ D'ASPREMONT Jean, « La déformalisation dans la théorie des sources du droit international », *ibid.*, p. 287.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 294.

³⁰⁹ D'ASPREMONT Jean, « Droit administratif global et droit international », *op. cit.* note 230, p. 91.

³¹⁰ *Idem.* Cette réminiscence évidente du droit naturel visible notamment dans l'article de B. Kingsbury sur le concept de droit dans le droit administratif global (KINGSBURY Benedict, « The concept of « law » in Global Administrative Law », *op. cit.* note 50), a conduit à de nombreuses critiques. Parmi elles, voir celle d'Alexander Somek qui voit dans le droit administratif global tel que conçu un « *natural administrative law* » (SOMEK Alexander, « The Concept of "Law" in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury », *EJIL*, vol. 20-4, 2009, pp. 990-991).

pour la raison qu'elle serait trop formaliste pour appréhender la réalité des phénomènes administratifs globaux apparaît vain, puisque la doctrine du *GAL* lui substitue finalement un autre type de formalisme – dont les contours apparaissent complexes et en partie indéterminés.

72. Pondération du rejet des sources formelles dans la doctrine du GAL. Néanmoins, ce rejet apparent doit être nuancé. Ainsi, Kingsbury note dès 2005 que

« [i]t is uncontroversial that the sources of global administrative law include applicable treaties, some rules of customary international law, and authoritative decisions of intergovernmental organizations. It is argued here that the sources also include practices in many different forums that exert a normative pull in the operation of intergovernmental and transnational governance »³¹¹.

Dans la même veine, Benedict Kingsbury et Megan Donaldson énumèrent en 2011 une série de « Possible Sources of Global Administrative Law »³¹² : les sources du droit international public, du *ius gentium* – qui comprend par exemple la *lex mercatoria* –, du droit administratif international, du droit public interne et des « Autonomous Systems Generating Internal Norms »³¹³. Dès lors que le *GAL* semble procéder à une formalisation très proche de celle de la théorie des sources et que ses concepteurs finissent par admettre que le concept de source est pertinent pour comprendre son émergence, il est difficile de déterminer en quoi la proposition des concepteurs du droit administratif global est réellement différente d'une théorie des sources. L'on peut même soupçonner, à l'origine du rejet, une confusion entre *théorie des sources* en tant qu'outil de systématisation des indices d'existence du droit et *sources formelles classiques du droit* – international public dans un premier temps –, dans la mesure où ce rejet semble essentiellement être fondé sur le fait que les standards et autres pratiques normatives citées ne sont pas unanimement reconnus comme issus de sources formelles du droit international³¹⁴. Ce type d'argument, face à

³¹¹ KINGSBURY Benedict, « The Administrative Law Frontier in Global Governance », *op. cit.* note 87, p. 146.

³¹² KINGSBURY Benedict, DONALDSON Megan, « Global Administrative Law », *op. cit.* note 221, §§20 et ss.

³¹³ *Ibid.*, §25. Les auteurs évoquent « the creation of norms within autonomous systems, which may include not only separate economic units (such as a factory) but also separate functional communities engaged in repeated practice », mais n'en donnent pas d'exemple.

³¹⁴ La confusion est entretenue par B. Kingsbury lui-même, lorsqu'il associe concept de droit – et par là théorie des sources – en droit international *et* en droit administratif global : « Hart's theory of law thus provides a more promising starting point for a modern positivist approach to the concept of law in international law and in GAL »

un phénomène inconnu ou face à la rigidité d'une présentation contemporaine et majoritaire des sources, n'est pas nouveau. Déjà, constatant qu'elle « ne permet pas d'accorder sa place exacte à la jurisprudence »³¹⁵, René Sève estimait en 1982 que « [l]a métaphore de la source, bien qu'elle puisse être employée pédagogiquement, n'est pas apte à permettre de penser un ensemble complexe d'éléments »³¹⁶. Rien ne permet néanmoins de tirer une telle conclusion de ce qui précède concernant le droit administratif global. Les arguments concernant la déformalisation doivent dès lors être écartés.

B – L'APPROCHE PROPOSÉE DES SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

73. *Définition d'une « théorie des sources »*. Norberto Bobbio relève, à partir de l'œuvre kelsenienne, qu'une théorie des sources du droit – même si l'auteur autrichien rejette l'expression au profit de celle de « méthodes de création du droit » –, consiste à « décrire, analyser et classer les diverses procédures à travers lesquelles s'opère la création du droit »³¹⁷. Ce type de démarche, qui consiste à passer non de la source à la norme mais de la norme à sa supposée source, permet de remplir l'une « des tâches de la science du droit [qui est] de dresser des typologies de ces « sources », et en l'occurrence de relever celles qui accompagnent et justifient la production d'une norme »³¹⁸ :

« qu'est-ce donc [...] qu'une théorie des sources du droit ? Dans son essence, c'est une idée : une idée relative à ce que doivent être les modes de production des normes aptes à régir les rapports sociaux. Une théorie des sources du droit procède d'une construction doctrinale décrivant les modes d'élaboration des modèles de rapports sociaux nécessaires. Cette doctrine devient elle-même une théorie des sources lorsqu'elle a triomphé dans les faits et traduit, dès lors son aptitude à produire des normes »³¹⁹.

(KINGSBURY Benedict, « The concept of « law » in Global Administrative Law », *op. cit.* note 50, p. 6).

³¹⁵ SÈVE René, « Brèves réflexions sur le Droit et ses métaphores », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 262.

³¹⁶ *Idem.*

³¹⁷ BOBBIO Norberto, « Kelsen et les sources du droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 137.

³¹⁸ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Théorie générale des sources du droit constitutionnel », in CHAGNOLLAUD Dominique, TROPER Michel (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, tome 1. Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, Traité Dalloz, 2012, p. 261.

³¹⁹ OPPETIT Bruno, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *op. cit.* note 295, p. 45.

Dès lors, la finalité d'une théorie des sources – désignant *l'idée* de théorie de sources sans référence à une discipline en particulier³²⁰ – est essentiellement descriptive³²¹. C'est d'ailleurs du fait de cette fonction descriptive et des diversités des présentations disciplinaires qui peuvent être dégagées que peut être faite la « constatation banale que le classement des sources du droit ne suscite aucun accord général »³²².

74. *Thèse soutenue.* L'étude a pour objectif d'élaborer, à partir des phénomènes existants en droit positif et considérés comme relevant du droit administratif global, une théorie des sources du droit administratif global. L'hypothèse première, au regard des éléments qui précèdent, consiste donc à suggérer qu'il est possible d'identifier les modes de formation du droit administratif global et d'en proposer une présentation cohérente et ordonnée – ce qu'aucune étude n'a tenté de faire pour l'instant, et *a contrario* de la doctrine du *GAL* qui postule l'indifférence réciproque des notions de *GAL* et de source du droit³²³. Mais une théorie des sources *formelles* a ses limites, et ne peut expliquer l'ensemble des motifs juridiques qui conduisent à la formation du droit administratif global. Pour pallier cette lacune structurelle de l'analyse formelle, il est proposé d'élargir la théorie des sources à de nouveaux éléments d'analyse afin non seulement d'appréhender la formation du droit administratif global, mais encore de le *définir*³²⁴. En proposant d'inclure de nouveaux éléments à la méthode permettant de définir un droit par ses sources, l'étude

³²⁰ Sur cette question, voir DEUMIER Pascale, « Les sources du droit et les branches du droit. À propos d'une conception doctrinale des sources du droit du commerce international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 180-199, spéc. p. 184 : « [c]haque discipline se préoccupe [...] des spécificités de ses propres sources, sans que cette abondance de spécificités semble jamais remettre en cause la vision classiquement unitaire des sources. Pourtant, les branches du droit ne se contentent pas de modeler un contenu adapté : elles le fondent dans un outil normatif approprié, creusant l'écart entre la présentation traditionnelle des sources et leur utilisation disciplinaire ». En ce sens, une théorie des sources désigne un cadre conceptuel général et doctrinal visant à décrire de manière ordonnée la formation du droit ; son contenu varie selon les disciplines – et non nécessairement les ordres juridiques – étudiées.

³²¹ GRANIER Cécile, *Les sources du droit financier. Étude sur la singularité de la production de la norme financière*, op. cit. note 38, p. 35. Dans le même sens en droit administratif allemand : « [à] l'aide de la théorie des sources du droit, on apporte quelque ordre dans cette diversité » (MAURER Helmut, *Droit administratif allemand*, op. cit. note 167, p. 60).

³²² JESTAZ Philippe, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RGD*, n°27, 1996, p. 7.

³²³ Sous réserve des nuances présentées par B. Kingsbury ; voir *supra*, §72.

³²⁴ De la même manière que le droit international public est encore souvent défini par ses modes de formation ; voir par exemple SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international*, op. cit. note 157, pp. 39 et ss.

entend également contribuer à la revalorisation de l'outil que constitue le concept de théorie des sources.

75. La méthode permettant d'élaborer une théorie des sources du droit administratif global. Il s'agira donc de rechercher les modes de formation des normes de droit administratif global identifiées, en utilisant une méthode de type inductif – l'induction étant une « technique de connaissance qui a le mérite d'être très disponible (à peu près toujours utilisable) : on observe une régularité et on induit une règle »³²⁵. Il est en effet impossible de recenser toutes les normes relevant du droit administratif global au sein de toutes les entités globales, de sorte qu'une étude exhaustive est inenvisageable. Les développements proposent plutôt d'identifier les principales dynamiques régissant ces modes de formation et de démontrer par l'exemple, et sauf preuve du contraire – conformément à la logique inductive³²⁶.

76. Plan de l'étude. La première étape de la vérification de l'hypothèse selon laquelle il est possible de concevoir une théorie des sources du droit administratif global consiste à déterminer dans quelle mesure la création des normes qui en relèvent répond systématiquement à des modes, techniques ou procédés identifiables et catégorisables (**PREMIÈRE PARTIE**). Mais cette accption comme toute classique des sources confine l'étude à une analyse relativement procédurale de la création juridique³²⁷. Celle-ci ne permet pas de mettre en évidence une éventuelle spécificité des normes rassemblées sous l'expression « droit administratif global ». Elle permet simplement de démontrer que celles-ci n'échappent pas au modèle selon lequel les normes répondent à un ou plusieurs modes de formation et d'identifier des constantes et des dynamiques. Cette spécificité, comme le suggère la notion de droit administratif global dégagée plus haut, découle d'autres éléments qu'une théorie des sources strictement *formelles* ne permet pas d'appréhender. Il convient dès lors d'inclure dans l'étude d'autres éléments permettant d'identifier cette spécificité. Cette entreprise est rendue possible par la considération d'un second niveau d'analyse, qui tiendra compte de l'intégration des sources identifiées dans un *système*. Une analyse systémique, c'est-à-dire une « présentation de

³²⁵ SANTULLI Carlo, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, p. 33.

³²⁶ L'inconvénient principal de la méthode inductive est, en effet, qu'elle « ne permet pas d'exclure logiquement la solution contraire à la solution induite : on observe que quelque chose s'est produit dans une certaine circonstance un grand nombre de fois mais on ne peut pas, par ce seul constat, exclure que « la fois d'après » une chose différente se produise » (*idem*).

³²⁷ N. Bobbio le relève d'ailleurs ; voir BOBBIO Norberto, « Kelsen et les sources du droit », *op. cit.* note 317, p. 137.

l'objet comme faisant système »³²⁸ peut être utilement mobilisée à cet effet³²⁹. Pour ce faire, il s'agit de rechercher les éléments constitutifs d'un système, soit un « ensemble d'éléments liés par un ensemble de relations ayant un degré de finalité »³³⁰. En s'appuyant sur le contexte de la formation des sources identifiées, sur leurs interactions, leur objet et leurs conséquences, il est possible de caractériser un « système » des sources du droit administratif global. Une inclusion de cette dimension systémique dans la théorie des sources du droit administratif global (**DEUXIÈME PARTIE**) permet ainsi de les inscrire dans un ensemble cohérent et, partant, de contribuer à définir le droit administratif global – et non plus d'en dégager une simple notion³³¹. Dans cette perspective élargie, il apparaît qu'il est non seulement possible de présenter une théorie des sources du droit administratif global, mais encore de le définir par ses sources.

³²⁸ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.* note 235, p. 4.

³²⁹ L'analyse systémique a notamment été utilisée par la doctrine juridique pour définir la notion de « régulation ». Voir, sur ce point, PERROUD Thomas, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, *op. cit.* note 123, pp. 557-558.

³³⁰ GUGLIELMI Gilles J., *La notion d'Administration publique dans la théorie juridique française. De la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 157, 1991, p. 4. Voir plus généralement les développements relatifs à l'application, en science juridique, de cette méthode empruntée à d'autres sciences telles que la biologie moléculaire ou la gestion, pp. 4-13. Voir aussi la contribution de l'analyse systémique à l'identification du droit de l'environnement, et notamment les travaux de Michel Prieur selon lequel « [u]n système se caractérise par un ensemble d'éléments, l'existence de relations entre eux et le caractère globalisant (ou d'unité organisée de l'ensemble) » (PRIEUR Michel, avec la collaboration de BÉTAILLE Julien, COHENDET Marie-Anne, DELZANGLES Hubert, MAKOWIAK Jessica, STEICHEN Pascale, *Droit de l'environnement*, 7^{ème} édition, Paris, Dalloz, Précis, 2016, pp. 12-13).

³³¹ Dans ce contexte, la « notion » est entendue comme entendue comme « une connaissance élémentaire, intuitive ou vague de quelque chose » (MONJAL Pierre-Yves, « Au fondement du droit de l'Union européenne. Recherches doctrinales sur le concept de « commun » », *op. cit.* note 132, p. 1306).

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements	11
Sommaire	13
Abréviations, sigles et acronymes	15
Préface	19

INTRODUCTION GÉNÉRALE..... 23

SECTION 1 – LE CHAMP DE L'ÉTUDE : LA NOTION DE DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL 29

I – Le contexte terminologique et doctrinal de l'émergence du droit administratif global.....	30
A – La terminologie du <i>global administrative law</i>	30
1) Un droit « administratif »	31
2) Un droit « global »	34
a) <i>Globalisation et mondialisation</i>	34
b) <i>Conception du droit global dans la doctrine</i>	35
c) <i>Droit global et droit cosmopolitique</i>	39
B. Les distinctions entre le <i>GAL</i> et les constructions doctrinales proches	40
1. Droit administratif international et droit international administratif, deux ancêtres doctrinaux du droit administratif global	41
2. Les concurrents doctrinaux du droit administratif global.....	42
a) <i>Le constitutionnalisme global : un projet intégralement prescriptif</i>	43
b) <i>L'exercice international de l'autorité publique : une approche complémentaire</i>	45
II. La notion de droit administratif global retenue comme champ de l'étude.....	47
A. La notion retenue de « droit administratif global ».....	48
1. La nécessité de s'affranchir du cadre conceptuel du <i>GAL</i>	49
2. La détermination des caractères du droit administratif global	52
a) <i>Le caractère « global » du droit administratif global</i>	53
b) <i>Le caractère administratif du droit administratif global</i>	59
B – Le contenu positif du droit administratif global.....	64
1) Aspects institutionnels du droit administratif global : la question des sujets et des acteurs.....	65
2) Aspects substantiels du droit administratif global : la question du contenu matériel.....	73

Section 2 – L’objet de l’Étude : la recherche des sources du droit administratif global	78
I – Le concept de « sources » du droit	78
A – La distinction entre sources formelles et sources matérielles ...	80
1) La réalité de la distinction : les sources formelles privilégiées.....	80
2) Le choix opéré : la recherche des sources formelles enrichie par la mesure du rôle des sources matérielles.....	88
B – La source formelle : un outil dynamique	90
II – L’hypothèse de l’étude : l’existence de « sources du droit administratif global »	91
A. Le rejet des objections relatives à l’étude des sources du droit administratif global	92
1. L’argument de la suffisance des sources du droit international public	92
2. L’argument de l’inadéquation des « sources formelles » face à la globalisation	93
B. L’approche proposée des sources du droit administratif global...	98

PREMIÈRE PARTIE

L’IDENTIFICATION DES SOURCES FORMELLES DU DROIT

ADMINISTRATIF GLOBAL 103

TITRE PREMIER – LES SOURCES UNILATÉRALES DU

DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL..... 111

Chapitre 1 – Les sources unilatérales internes du droit administratif

global..... 115

Section 1 – La formalisation des sources unilatérales internes du droit administratif global	116
I – La formalisation des sources par l’appui sur une base juridique identifiée	116
A – La mobilisation des sources internes de l’ordre juridique des entités globales publiques	117
1) La formation unilatérale interne du droit administratif global par l’État	117
2) La mobilisation des compétences explicites des organisations internationales	121
B – Le recours au formalisme au sein des entités globales privées.....	125
II – La formalisation des sources en l’absence de base juridique identifiée.....	130

A – La mobilisation des compétences reconnues des organisations internationales.....	131
1) La mobilisation des compétences implicites des organisations internationales	131
2) Le cas particulier des « compétences informelles » de l’Union européenne	135
B – La formalisation par des instruments ne disposant pas du statut de source.....	138
1) Une formalisation indifférente à l’existence d’une source reconnue au sein des entités globales publiques.....	138
2) Une volonté de formalisation au sein des entreprises transnationales	143
 Section 2 – L’absence de formalisation des sources unilatérales internes du droit administratif global	148
I – La formation unilatérale interne de droit administratif global par l’usage	149
A – La formation informelle de normes non contentieuses.....	149
1) L’usage, source de normes procédurales concernant l’activité des entités globales	151
2) L’usage, source de normes procédurales concernant le contrôle de l’activité des entités globales	154
B – La formation informelle de normes contentieuses	158
1) L’usage, sources de normes quant à la participation au contentieux.....	159
2) L’usage, sources de normes quant à la procédure contentieuse	165
II – L’altération de la formation informelle du droit administratif global.....	167
A – La codification ultérieure de pratiques institutionnelles	167
1) L’existence du phénomène de codification ultérieure du droit administratif global	167
2) Les conséquences de la codification ultérieure sur les sources du droit administratif global	170
B – L’émergence d’une tendance à la formalisation systématique des sources unilatérales.....	172
1) La formalisation, une pratique guidée par la volonté de transparence	173
2) Les limites de la formalisation	174
Conclusion du chapitre 1.....	177

Chapitre 2 – Les sources unilatérales externes du droit administratif global 179

Section 1 – La formation du droit administratif global par réception verticale	181
I – La réception verticale d’actes unilatéraux formels	182
A – La formation unilatérale externe du droit administratif global par l’État.....	182
1) L’utilisation de la loi pour contrôler l’accès de l’investisseur au territoire national	184
2) L’utilisation de la loi pour contrôler l’activité de l’entité globale	188
B – La formation unilatérale externe du droit administratif global par les organisations internationales	194
1) Le droit dérivé des organisations internationales, source de droit administratif global à destination de leurs membres.....	196
2) Le rôle spécifique de l’Union européenne dans la formation du droit administratif global à vocation externe	200
II – La réception verticale d’actes unilatéraux juridictionnels.....	203
A – L’apport technique de la jurisprudence nationale à la formation du droit administratif global.....	205
1) La qualité de « source » de la jurisprudence nationale en question.....	205
2) La fonction de « relais » de la source jurisprudentielle nationale.....	208
B – L’apport substantiel de la jurisprudence internationale à la formation du droit administratif global.....	212
1) La rare formation de droit administratif global par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice	213
2) La formation de droit administratif global par la jurisprudence arbitrale en matière d’investissements	215
3) La formation de droit administratif global par la jurisprudence commerciale.....	219
Section 2 – La formation du droit administratif global par réception matérielle	223
I – La formation du droit administratif global du fait d’une pression institutionnelle externe.....	225
A – L’exercice d’une pression directe en vue de la réception matérielle du droit administratif global.....	225
1) La pression juridique directe exercée par les organisations internationales sur les entités globales privées	226
2) La pression juridique directe exercée entre organisations internationales.....	229

B – L'exercice d'une pression médiata en vue de la réception matérielle du droit administratif global.....	232
1) L'entretien de la confusion quant à l'existence d'une médiation	233
2) La reconnaissance du caractère médiat de la réception.....	235
II – La formation du droit administratif global du fait d'une pression juridictionnelle externe	239
A – La mise en évidence de la pression jurisprudentielle exercée par les juges nationaux.....	239
B – La mise en évidence de la pression jurisprudentielle exercée par les juges régionaux.....	242
1) La pression juridictionnelle exercée à l'égard d'entités globales privées	242
2) La pression juridictionnelle exercée à l'égard d'entités globales publiques	245
Conclusion du chapitre 2.....	252
Conclusion du Titre Premier	253

TITRE DEUXIÈME – LES SOURCES PLURILATÉRALES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL..... 255

Chapitre 1 – Les sources plurilatérales écrites du droit administratif global..... 259

Section 1 – La formalisation des sources plurilatérales par un instrument négocié	261
I – La formalisation par un instrument négocié reconnu comme source de droit international.....	263
A – La formalisation des sources par un traité relevant <i>ratione materiae</i> du droit administratif global	263
1) La relative absence de normes de droit administratif global au sein des traités constitutifs d'entités globales	264
2) L'émergence d'instruments formalisant un accord visant à soumettre les entités globales au droit administratif global	266
B – La formalisation des sources par un traité étranger au droit administratif global	274
1) L'inclusion de normes relevant du droit administratif global en matière d'investissements	274
2) L'inclusion de normes relevant du droit administratif global en matière d'aide au développement	281
II – La formalisation par un instrument négocié non reconnu comme source de droit international.....	284
A – La formalisation par accord écrit entre entités publiques	284

1) La formation du droit administratif global par acte concerté non conventionnel	285
2) La formation du droit administratif global par arrangement administratif	287
B – La formalisation par accord écrit mixte	291
1) La formation du droit administratif global par contrat public / privé	292
2) La formation du droit administratif global par accord constitutif d'un réseau multipartite	293
C – La formalisation par accord écrit entre entités privées	299
1) La multiplication des initiatives plurilatérales privées	299
2) La formation du droit administratif global par les codes privés plurilatéraux	300
 Section 2 – La formalisation des sources plurilatérales par un instrument non négocié	306
I – La formalisation par accords d'adhésion bilatéraux entre les entités globales privées et leurs partenaires	309
A. La création de normes de droit administratif global par accords d'adhésion privés	309
B – La nature plurilatérale du processus formalisé par l'accord d'adhésion privé	311
II – La formalisation par accords d'adhésion transnationaux	314
A. La création de normes de droit administratif global par les contrats ville hôte	315
1) La qualification d'accords d'adhésion des contrats ville hôte	315
2) La formulation de normes de droit administratif global par les contrats ville hôte	316
B – L'apport de l'étude des accords d'adhésion transnationaux aux sources du droit administratif global	319
Conclusion du chapitre 1	321
 Chapitre 2 – Les sources plurilatérales non écrites du droit administratif global	323
 Section 1 – La formation plurilatérale des principes relevant du droit administratif global	326
I – La formation coutumière des principes relevant du droit administratif global	326
A – La source coutumière de principes formés au sein de l'ordre juridique international	326
B – Les sources coutumières de principes formés hors de l'ordre juridique international	330

II – La formation non coutumière des principes relevant du droit administratif global	336
A – L’existence de principes non coutumiers relevant du droit administratif global	337
1) L’existence de normes de droit administratif global relevant de la catégorie des principes généraux de droit	337
2) Un processus de création incompatible avec la formation coutumière du droit.....	340
B – La difficile identification des sources des principes généraux dans les ordres juridiques de référence	344
1) La formalisation des sources des principes : la condition de la référence	344
2) Le caractère externe de la formation des principes	346
 Section 2 – La formation plurilatérale de principes du droit administratif global	 349
I – La difficile identification des sources des normes non écrites communes aux entités globales.....	349
A. L’existence de normes communes à l’ensemble des entités globales	349
1) Le cas de l’audit	350
2) Le cas de la transparence.....	355
B – La résistance des sources des normes communes aux modes de formation identifiés	356
1) L’invalidation de l’hypothèse de la coutume internationale	356
2) L’invalidation de l’hypothèse des principes généraux de droit.....	359
II – Des normes qualifiables de principes « du » droit administratif global	361
A. Les conditions de l’existence de principes généraux du droit administratif global	361
1) La nécessaire déconnexion de l’idée d’ordre juridique global	362
2. La nécessaire déconnexion de l’idée d’ordre juridique	363
B. La source coutumière des principes généraux du droit administratif global	364
1) Le caractère universel de la source coutumière	365
2) L’existence d’éléments indiquant l’existence d’une <i>opinio juris</i>	372
Conclusion du chapitre 2.....	373
Conclusion du Titre Deuxième	375
Conclusion de la Première Partie	377

DEUXIÈME PARTIE**L'ANALYSE SYSTÉMIQUE DES SOURCES DU DROIT****ADMINISTRATIF GLOBAL 379****TITRE PREMIER – LES FONCTIONS DES SOURCES****FORMELLES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL..... 383****Chapitre 1 – La réponse à un besoin social en considération du****principe d'apparence..... 387****Section 1 – Le besoin social, source matérielle du droit
administratif global 388****I – L'identification d'un besoin social, déclencheur du processus
de formation du droit administratif global 389****A – Les indices directs de l'existence du besoin social 389****1) Les manifestations du besoin social dans le discours des
entités globales 389****2) La référence au droit administratif global développé par
d'autres entités globales..... 395****B – Les indices indirects de l'existence du besoin social 400****1) L'apport de la doctrine pour éclairer le processus de
formation du droit administratif global 400****2) Les indices factuels de l'existence du besoin social 403****II – L'octroi de la qualité de « source matérielle du droit
administratif global » au besoin social..... 405****A – Le besoin social, un dénominateur commun spécifique au
droit administratif global..... 406****1) La pertinence d'une lecture du guiste des sources du droit
administratif global 406****2) Le dépassement de l'approche du guiste : un besoin social
propre au droit administratif global 409****B – L'intérêt d'envisager la réponse au besoin social comme
fonction des sources formelles..... 411****1) Une contribution à l'identification de l'architecture du
processus normatif..... 412****2) Le dépassement des difficultés liées à l'attribution d'une
fonction aux sources formelles 414****Section 2 – La réponse au besoin social par le développement de la
théorie des apparences..... 416****I – La mise en évidence de l'orientation communicationnelle des
sources formelles du droit administratif global..... 416****A – L'orientation communicationnelle de la formation du droit
administratif global au sein des entités privées..... 417**

1) L'orientation communicationnelle des sources révélée par la publicité réalisée au sein des entités privées.....	417
2) La pratique consistant à aller au-delà des impératifs légaux au sein des entités privées.....	422
B – L'orientation communicationnelle de la formation du droit administratif global au sein des entités publiques.....	426
1) L'orientation communicationnelle des sources confirmée par la publicité réalisée au sein des entités publiques ou hybrides	426
2) Une tendance à l'alignement discursif sur la terminologie des entités globales privées.....	430
II – L'intégration du principe d'apparence parmi les fonctions des sources formelles du droit administratif global.....	433
A – L'identification d'un lien entre la théorie des apparences et l'expression d'un besoin social.....	434
1) Une théorie jurisprudentielle européenne limitée à l'apparence de la justice	434
2) La mutation de la théorie par l'effet et en faveur du besoin social.....	436
B – La mise en évidence d'un principe d'apparence conditionnant les fonctions des sources formelles du droit administratif global	438
1) La pertinence d'une analyse des sources formelles du droit administratif global sous l'angle des apparences	438
2) Une condition rattachée à la fonction de réponse au besoin social des sources du droit administratif global.....	440
Conclusion du Chapitre 1.....	442

Chapitre 2 – La légitimation par l'emprunt aux droits administratifs .. 445

Section 1 – Le besoin de légitimité, source matérielle de droit administratif global	446
I – L'identification d'un besoin de légitimité, déclencheur du processus de formation du droit administratif global.....	446
A – Les indices directs de l'existence du besoin de légitimité	447
1) Les références au besoin de transparence dans le discours des entités globales	447
2) Les références à la « responsabilité » dans le discours des entités globales	451
B – Les indices indirects de l'existence du besoin de légitimité	454
1) L'apport de la doctrine à la mise en évidence du besoin de légitimité.....	454
2) Le lien entre impératif d'acceptation de la décision globale et besoin de légitimité.....	457

II – L’octroi de la qualité de « source matérielle du droit administratif global » au besoin de légitimité.....	460
A – La possibilité d’envisager le besoin de légitimité comme source matérielle du droit administratif global.....	461
1) L’articulation des sources matérielles du droit administratif global.....	461
2) Le dépassement des difficultés liées à la définition du droit administratif global adoptée.....	462
B – La pertinence d’envisager le besoin de légitimité en tant que source matérielle du droit administratif global.....	463
 Section 2 – La réponse au besoin de légitimité par l’emprunt aux droits administratifs.....	 464
I – La mise en évidence du phénomène d’emprunt aux droits administratifs.....	465
A – L’existence d’emprunts normatifs procéduraux.....	466
1) La mise en évidence d’un phénomène d’emprunt normatif.....	467
a) <i>L’existence d’un lien entre droit administratif global et droits administratifs.....</i>	<i>467</i>
b) <i>La nature du lien entre droit administratif global et droits administratifs.....</i>	<i>471</i>
2) L’orientation procédurale du phénomène d’emprunt normatif.....	474
3) Les limites du phénomène d’emprunt aux droits administratifs.....	477
B – L’existence d’emprunts conceptuels structurant le droit administratif global.....	481
1) Les limites des tentatives doctrinales d’emprunts conceptuels.....	482
2) L’identification d’intérêts publics fondant l’administrativité du droit administratif global.....	484
II – L’intégration du processus d’emprunt parmi les fonctions des sources formelles du droit administratif global.....	487
A – La fonction légitimatrice de la procédure.....	487
1) La légitimation par la procédure, une approche sociologique du droit.....	487
2) La fonction légitimatrice des emprunts procéduraux en droit administratif global.....	491
B – L’emprunt procédural, une fonction des sources du droit administratif global.....	493
1) La mise en évidence d’une fonction des sources du droit administratif global.....	494
2) L’articulation avec la fonction légitimatrice des normes du droit administratif global.....	495

Conclusion du Chapitre 2.....	496
Conclusion du Titre Premier.....	497

**TITRE DEUXIÈME – LES EFFETS DES SOURCES
FORMELLES DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL..... 499**

**Chapitre 1 – La capacité des sources formelles à générer des normes
obligatoires 503**

Section 1 – Des degrés d’obligatorité indifférents aux sources du droit administratif global.....	507
I – La variabilité du caractère obligatoire des normes issues des sources unilatérales du droit administratif global.....	507
A – L’obligatorité des normes issues des sources unilatérales internes du droit administratif global.....	508
1) L’obligatorité incontestable de normes issues de sources unilatérales internes.....	508
2) L’obligatorité contestée de normes issues de sources unilatérales internes.....	510
B – L’obligatorité des normes issues des sources unilatérales externes du droit administratif global.....	514
1) La variabilité de l’obligatorité des normes générées au sein des ordres juridiques de référence.....	514
2) La variabilité de l’obligatorité des normes générées au sein d’ordres juridiques tiers.....	515
II – La variabilité des degrés d’obligatorité des normes issues des sources plurilatérales du droit administratif global.....	519
A – L’obligatorité des normes issues des sources plurilatérales écrites du droit administratif global.....	519
1) Les difficultés liées à l’incertitude quant à l’instrument conventionnel.....	520
2) Les difficultés liées à l’obligatorité variable du contenu normatif.....	524
B – L’obligatorité des normes issues des sources non écrites du droit administratif global.....	525
1) La variabilité des degrés d’obligatorités des principes généraux de droit.....	526
2) La variabilité de l’obligatorité des normes issues de sources coutumières.....	527
Section 2 – Des degrés d’obligatorité sensibles aux interactions des sources au sein de l’espace administratif global.....	530
I – L’inscription des sources au sein d’un espace administratif global promoteur d’obligatorité.....	531

A – Les effets des interactions entre les sources du droit administratif global	531
1) La mise en évidence des interactions entre les sources du droit administratif global	531
2) La contribution des interactions des sources au renforcement de l’obligatorité des normes de droit administratif global	536
B – La structuration des interactions au sein de l’espace administrative global	540
1) L’existence de l’espace administratif global dans la doctrine du <i>GAL</i>	541
2) Les caractères de l’espace administratif global du point de vue des sources du droit administratif global	545
II – L’absence d’ordre juridique global liant sources et obligatorité du droit administratif global	552
A – Les insuffisances des débats doctrinaux concernant l’existence d’un ordre juridique global	553
1) Les insuffisances des thèses affirmatives de l’existence d’un ordre juridique global	553
2) Les lacunes des travaux négateurs de l’existence d’un ordre juridique global	557
B – L’inexistence de l’ordre juridique global, facteur structurel d’indétermination de l’obligatorité du droit administratif global	560
1) L’inexistence de l’ordre juridique global au regard des théories normativistes	560
2) L’inexistence de l’ordre juridique global au regard des théories institutionnalistes	563
Conclusion du chapitre 1	566

Chapitre 2 – La capacité des sources formelles à générer des normes effectives

569

Section 1 – L’impact des sources du droit administratif global sur son effectivité normative	574
I – La difficile modulation de l’effectivité des normes par le choix du processus de formation	576
A – Le choix d’un processus impliquant une effectivité prévisible	576
1) L’appui sur l’autorité de l’auteur de la norme dans l’ordre juridique concerné	577
2) L’appui sur la prévisibilité du risque contentieux	579
B – L’indétermination générale de l’effectivité du droit administratif global par ses sources formelles	582

1) La faible influence des sources formelles dans l'ineffectivité étrangère à la volonté des auteurs du droit administratif global.....	583
2) La faible influence des sources formelles dans l'ineffectivité due à la volonté des auteurs du droit administratif global.....	586
II – Le renforcement de l'effectivité des normes par le contenu du processus de formation.....	592
A – L'influence de la méthode de formation de la norme sur son effectivité.....	592
1) La recherche de l'adhésion des destinataires par la participation à l'élaboration.....	593
2) La recherche de l'adhésion des destinataires par la mise en avant de l'utilité de la norme.....	596
B – L'insertion de mécanismes de garantie de l'effectivité de la norme au sein du processus de formation.....	598
1) La prévision d'un système d'échange d'informations relatif à l'effectivité de la norme.....	598
2) L'intégration d'une pression sociale prévisible en vue de garantir l'effectivité de la norme.....	601
 Section 2 – L'impact des sources du droit administratif global sur son effectivité systémique.....	 604
I – L'influence limitée des sources formelles du droit administratif global sur son effectivité systémique.....	608
A – La faible influence des modes formels de production du droit administratif global sur la démocratisation de la régulation globale.....	608
1) La désétatisation de la régulation globale confirmée par les sources formelles du droit administratif global.....	609
2) La fragmentation de la démocratisation globale du fait des sources formelles.....	611
B – L'influence certaine des interactions entre les sources sur l'effectivité du droit administratif global.....	613
1) La multiplication des sources du droit administratif global comme facteur de son effectivité.....	613
2) Les limites de la multiplication des sources sur la démocratisation de la régulation globale.....	614
II – L'influence déterminante des fonctions des sources formelles du droit administratif global sur son effectivité systémique.....	615
A – L'effectivité du droit administratif global conditionnée par les fonctions de ses sources.....	615
1) L'effectivité systémique du droit administratif global déterminée par les limites des besoins sociaux.....	616

2) L'effectivité systémique du droit administratif global conditionnée par les modalités de réponse aux besoins sociaux	617
B – L'effectivité systémique du droit administratif global gravée par son caractère utopique	619
1) L'impuissance des sources à agir sur la démocratisation de la régulation financière globale	620
2) L'encadrement de l'ineffectivité systémique du droit administratif global par ses sources.....	621
Conclusion du chapitre 2.....	624
Conclusion du Titre Deuxième	626
Conclusion de la Deuxième Partie.	628
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	631
LISTE DES CODES DE CONDUITE CITÉS.....	635
SOURCES ET RÉFÉRENCES	647
INDEX THÉMATIQUE	723

Les sources du droit administratif global

Raphaël Maurel

Apparu aux États-Unis au milieu des années 2000, le « *Global Administrative Law* » est un projet de recherche visant à observer et à favoriser le développement de normes de type administratif au-delà de l'État : transparence des processus décisionnels internationaux, motivation des décisions, émergence de recours, etc. La doctrine du GAL part du postulat contestable que le droit international classique, trop stato-centré, ne permettrait pas d'analyser ces phénomènes. Elle rejette en particulier la notion de source du droit, mais conserve certains réflexes empreints de classicisme en excluant les entreprises multinationales de la réflexion. Une analyse des limites du GAL a dès lors conduit à faire émerger une nouvelle notion de « droit administratif global » en droit positif, fondée sur l'observation de l'activité des entités globales et dont l'administrativité est définie par un critère fonctionnel. L'hypothèse selon laquelle ces normes, procédures et standards répondaient à des modes de formation identifiables a ensuite été vérifiée. En s'appuyant sur les acquis du pluralisme institutionnel, l'ouvrage propose ainsi une théorie complète des sources du droit administratif global. En enrichissant l'exposé de ses modes formels de création par une réflexion systémique sur leurs fonctions et leurs effets, il est finalement possible de définir le droit administratif global par ses sources : il s'agit de la branche de droit international visant à légitimer, par l'emprunt aux droits administratifs et en considération d'un principe d'apparences, les processus décisionnels globaux.

Cette recherche, qui constitue autant une réflexion sur le droit global que sur les modes de formation contemporains du droit international, confirme la pertinence de certains outils classiques de la pensée juridique pour l'étude de la globalisation. Tel est, entre autres, le cas des notions d'« ordre juridique » et de « sources du droit ». Elle contribue également à la réflexion sur l'unité du droit, pointant certaines convergences entre les systèmes juridiques et démontrant l'utilité d'une approche décloisonnée du phénomène juridique.

EAN 13 : 9782711035939

Code article : VB355301

Prix : 75€

