

LE IUS PUBLICUM REGIONAL
entre traditions et « avant-gardes » juridiques

Grenfieth de Jésus Sierra Cadena*

Table des matières

ABOUT GRENFETH DE JESUS SIERRA DE CADENA.....	11
A PROPOS DE GRENFETH DE JESUS SIERRA DE CADENA	12
INTRODUCTION.....	13
1. LES « AVANT-GARDES » : STANDARDISATION ET SIMPLIFICATION D’UNE REALITE JURIDIQUE COMPLEXE	14
1.1. LA CONSTITUTIONNALISATION DU PROJET REGIONAL.....	15
1.2. LE <i>GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW</i>	19
1.3. CONSTITUTION ET ADMINISTRATION GLOBALE.....	21
1.4. AU-DELA DE LA STANDARDISATION ?.....	23
2. LA TRADITION : PRESERVATION DE LA MEMOIRE JURIDIQUE PARMIS LA COORDINATION-HARMONISATION DES PLURALISMES REGIONAUX.....	24
2.1. LA CIRCULATION DES TRADITIONS JURIDIQUES	25
2.2. REVISITER LE POSITIVISME JURIDIQUE A L’ECHELLE REGIONALE : UN « AVANT-GARDE » DE CONTINUTE JURIDIQUE ET NON DE RUPTURE CONSTITUTIONNELLE	26
2.3. DE LA MEMOIRE DES SINGULARITES VERS L’ALTERITE DU PLURALISME JURIDIQUE : UN MODELE SUPRANATIONAL INCLUSIF	29

Abstract

Working on globalisation is a trend in scientific research. It affects the legal world, in both public and private law. This paper does not try to determine whether there is a globalisation of public law but instead, gives a critical approach about two phenomena: the internationalisation of constitutional law and the well-known Global administrative law, which aims to universalise the concept of accountability. These concepts are reductive as they seem to ignore legal traditions. In this paper, I argue that in order to build a regional Ius publicum, we have to emphasise on national features and on coordination, an organised harmonisation

* Professeur de Droit Public et Théorie Juridique, Directeur du Master Professionnel en Droit administratif et Directeur du Département de Théorie Juridique. Université du Rosario-Bogota-Colombie. Professeur invité à l'école de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2018-2019.

of values and legal traditions, and based on judicial dialogue. Legal and economic orthodoxy should be excluded.

Résumé

Les questions relatives à la globalisation font l'objet d'innombrables travaux scientifiques. Elles irriguent le monde juridique, que ce soit dans les disciplines de droit privé que de droit public. Plutôt que de répondre à la question de savoir si mondialisation du droit public il y a, l'article se propose d'apporter un regard critique sur deux phénomènes que l'on retrouve en droit public : l'internationalisation du droit constitutionnel et la naissance d'un Global administrative law reposant sur l'universalisation du principe d'accountability. Ces courants doctrinaux sont réducteurs dans la mesure où ils semblent ignorer des concepts juridiques traditionnels. Ainsi, dans le but de construire un Ius publicum régional, l'accent doit être mis, non pas sur ces deux concepts dont l'objectif est la standardisation, mais sur les spécificités juridiques nationales, « la coordination, l'harmonisation ordonnée de valeurs et de traditions juridiques à partir d'un dialogue des juges excluant tout dogmatisme juridique ou économique ».

ABOUT GRENFETH DE JESUS SIERRA DE CADENA

The author of this article, Grenfieth de Jesus Sierra de Cadena, is a Professor of public law and theory of law and is also director of the Professional Master's Degree in Administrative Law and director of the Department of Legal Theory at the University of Rosario-Colombia.

His Master II degree in public law at the University of Paris 2 Assas after a legal course in Colombia, and his thesis on “The pluralistic internationalisation of public law of regional integration: a comparison according to the case law of the ECJ and the EGC” under the direction of Professor Gérard Marcou at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, bear witness to its close links with France. His work in both French and Spanish focuses mainly on international human rights law, comparative constitutional law and comparative administrative law. These include a book in Spanish on the constitutional judge, *El Juez Constitucional: un actor regulador de las políticas públicas (El caso de la descentralización en Colombia)* published by te Universidad del Rosario in 2009 or an article comparing the principle of proportionality in the case law of the ECJ and the Court of Justice of the Andean Community.

The Sorbonne Student Law Review is pleased to publish an article by Professor Cadena on current legal issues for both publicist and the comparative lawyers, which are an extension of the topics covered in his thesis and academic publications. Through a study on several legal concepts born under the impetus of the phenomenon of legal globalization, such as the constitutionalization of international law or global administrative law, the author wonders whether it is possible to build a regional publicum jus, and if so, on what foundations?

Virginie Kuoch
Editor, Sorbonne Student Law Review

A PROPOS DE GRENFETH DE JESUS SIERRA DE CADENA

L'auteur de cet article, Grenfieth de Jesus Sierra de Cadena, est professeur de droit public et théorie du droit, et est également directeur du Master Professionnel en droit administratif et directeur du Département de Théorie Juridique à l'Université du Rosario-Colombie.

L'obtention d'un master II de droit public à l'Université Paris 2 Assas après un cursus juridique en Colombie, et la rédaction d'une thèse sur « L'internationalisation pluraliste du droit public de l'intégration régionale : une comparaison d'après la jurisprudence de la CJUE et du TJCA » sous la direction du Professeur Gérard Marcou à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, témoignent de ses liens étroits avec la France. Ses travaux, en français et en espagnol, ont essentiellement pour objet le droit international des droits de l'homme, le droit constitutionnel comparé et le droit administratif comparé. Parmi ceux-ci, on peut citer un ouvrage en espagnol portant sur le juge constitutionnel *El Juez Constitucional : un actor regulador de las políticas públicas (El caso de la descentralización en Colombia)* publié chez Universidad del Rosario en 2009 ou encore un article comparant le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la CJUE et du tribunal de justice de la communauté andine¹.

La Revue juridique de la Sorbonne est ravie de publier un article du professeur Cadena portant sur des problématiques juridiques actuelles, tant pour le publiciste que le comparatiste, et qui sont le prolongement des sujets abordés dans le cadre de sa thèse et ses publications universitaires. Au travers d'une étude sur plusieurs concepts juridiques nés sous l'impulsion du phénomène de mondialisation du droit tels que la constitutionnalisation du droit international ou encore le droit administratif global, l'auteur se demande s'il est possible de construire un *jus publicum regional*, et si cela s'avère possible, sur quels fondements ?

Virginie Kuoch

Éditrice, Revue juridique des étudiants de la Sorbonne

¹ G. de Jesus Sierra Cadena, « Une approche comparée des principes de proportionnalité et de subsidiarité dans la jurisprudence de la CJUE et du TJCA: la coordination-harmonisation des pluralismes juridiques régionaux à l'épreuve de l'internationalisation du droit communautaire », in *Estudios Socio-Jurídicos*, 2013, vol.15, n.2, pp. 127-158

INTRODUCTION

« C'est justement pour préserver ce qui est neuf et révolutionnaire dans chaque enfant que l'éducation doit être conservatrice ; elle doit protéger cette nouveauté et l'introduire comme un ferment nouveau dans un monde déjà vieux qui, si révolutionnaires que puissent être ses actes, est, du point de vue de la génération suivante, suranné et proche de la ruine ».

Hannah Arendt

Prévoir l'avenir du droit régional est une tâche incertaine. C'est pourquoi il vaut mieux regarder en arrière en s'appuyant davantage sur les traditions juridiques nationales que sur une spéculation sur le futur pour bien cerner ses changements et les défis du présent auxquels il doit répondre. On peut démontrer que l'internationalisation pluraliste des droits publics européen et de l'Amérique latine a bien un commencement : l'ouverture des droits nationaux au droit de la concurrence, aux droits de l'homme, au droit communautaire et à l'analyse économique du droit. Il s'agit d'un processus d'étatisation du droit qui se fait en dehors de l'État-nation ; dans le cadre d'un projet régional. En revanche, on ne peut affirmer du point de vue comparé avec certitude que cette internationalisation a trouvé une finalité. Elle reste encore indéterminée, balançant entre unification juridique standardisée et pluralisme juridique harmonisé ; entre gouvernance économique mondiale et gouvernabilité juridique régionale ; entre « État économique » et État de droit.

La reconfiguration de l'appareil d'État² et la consolidation d'un « hyper-subjectivisme » juridique marquent la transition d'une société politique nationale vers une « société de masses » mondialisée³. Une nouvelle réalité historique donne un nouveau sens au droit public qui se développe à l'échelle régionale. Si le droit public national se retrouve questionné dans ses principes fondateurs comme la puissance publique et le service public, c'est en raison de la mise en retrait des notions d'administration publique et d'intérêt général face à l'avancée des droits subjectifs et de la microéconomie encouragée par les investisseurs internationaux. Progressivement, il semble que les fondements historiques du droit public soient remplacés par une constitutionnalisation du droit économique et des droits de l'homme. Il en résulte un paradoxe : l'internationalisation du dogme du constitutionnalisme coïncide avec un phénomène parallèle d'érosion profonde de « l'État de droit » national et de l'intérêt général. On observe l'apparition d'une société supranationale et « cosmopolite » dans l'Union

² J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2004, p.94-103.

³ H. Arendt, *La crise de la culture*, Gallimard, 1972, p. 253-288.

européenne et dans l'Amérique latine fondée tant sur les droits subjectifs que sur une notion constitutionnalisée de marché influencée par le modèle allemand de la « *Soziale Marktwirtschaft* »⁴ ; en même temps que se produit un affaiblissement de l'attachement des citoyens à leurs institutions nationales. L'État de droit devient plus que jamais incertain.

À la lumière de l'internationalisation pluraliste du droit public régional, le droit comparé est bien l'approche la plus pertinente pour penser l'existence d'un *Ius publicum* régional commun aux processus d'intégration régionale en Amérique latine et en Europe et s'interroger quant à la valeur actuelle de la notion de souveraineté populaire, d'intérêt général et de liberté dans des espaces juridiques supranationaux aujourd'hui largement gouvernés par l'économie et la théorie des droits fondamentaux. En effet, si le droit public s'est fragmenté, que deviendra la construction historique de l'intérêt général et de la puissance publique à l'échelle régionale et mondiale ?

Telle est la question essentielle qui est aujourd'hui posée à la pensée du droit public comparé qui tente de nouer un lien entre passé et avenir pour réfléchir à un espace de droit supranational. Cette problématique demandera finalement de réfléchir aux « avant-gardes » contemporaines de l'unification du droit public et du cosmopolitisme et à la pertinence de l'émergence d'un *Ius publicum* régional qui au contraire ne nie pas les traditions juridiques.

1. LES « AVANT-GARDES » : STANDARDISATION ET SIMPLIFICATION D'UNE REALITE JURIDIQUE COMPLEXE

La pensée juridique contemporaine propose d'aborder cette question à partir de deux dispositifs juridiques que se veulent « d'avant-garde » pour apprivoiser la gouvernance économique mondiale. Le premier est l'internationalisation de la dogmatique constitutionnelle à l'échelle mondiale ; le second est la création d'un *Global Administrative Law*⁵. Le premier courant doctrinal envisage une constitutionnalisation de l'ordre international⁶, précisément une constitutionnalisation du projet régional à l'échelle mondiale⁷ fondée avant tout sur la

⁴ J. Drexler, « La Constitution économique européenne. L'actualité du modèle ordolibéral », *Revue internationale de droit économique*, 2011, t. 25, n. 4, p. 431 : « A. Müller-Armack a défini l'économie sociale de marché comme une économie qui suit les règles de marché et auxquelles s'ajoutent des garanties sociales ».

⁵ Voy. N. Krisch et B. Kingsbury, « Introduction: Global Governance and Global Administrative Law », *International Legal Order European Journal of International Law*, Oxford University Press, 2006, vol. 17, n. 1, p. 1-13.

⁶ J. Habermas, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997.

⁷ Voy. not. : A. Saiz Arnaiz, M. Morales-Antoniuzzi, J.-I. Ugartemendia Eceizabarrena (dir.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América latina : un análisis desde la Unión europea*, Max Planck Institut, Universidad Pompeu Fabra, 2011 ; J.-F. Flauss (dir.), *Vers un droit constitutionnel européen, quel*

reconnaissance de droits subjectifs, l'attachement à l'État de droit et une idée de « démocratie radicale ». Le second courant doctrinal est celui qui prône la création d'un *Global Administrative Law*⁸, c'est-à-dire d'un droit administratif global standardisé fondé sur la notion vague d'*accountability*.

1.1. La constitutionnalisation du projet régional

La dogmatique constitutionnaliste semble vouloir écarter la politique pour régler les affaires délicates qui se posent à la société mondiale et surmonter les conflits de l'histoire. À sa place, elle a imposé une pensée préfabriquée, « performatrice », argumentative qui cherche à trouver la meilleure réponse possible, voire la seule réponse possible comme le proposent Jürgen Habermas⁹ (avec la notion de « démocratie radicale »), Dworkin ou encore Robert Alexy (avec le principe de proportionnalité). Selon ce dernier, la construction technique de la décision constitutionnelle doit se faire à partir d'axiomes, d'arguments quantifiables en équations de valeurs ; une opération qualifiée de « formule de la loi de la pondération »¹⁰ selon laquelle il n'existerait qu'une « unique » réponse correcte tout en reconnaissant une marge d'interprétation subjective au juge afin de pallier les « vides » mathématiques de cette formule.

droit constitutionnel européen ?, Actes du colloque des 18 et 19 juin 1993, *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 7, p. 445-450 ; J. Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1997 ; C. Gouaud, « Le projet de constitution européenne », *Revue française de droit comparé*, 1995, n. 22, p. 287 et s. ; C. Grewe, H. Ruiz-Fabri, *Droits constitutionnels européens*, coll. « Droit fondamental », PUF, 1995 ; P. Magnette (dir.), *La constitution de l'Europe*, 2^e éd. Editions de l'Université de Bruxelles, 2003 ; J.-C. Piris, « L'Union européenne a-t-elle une Constitution ? Lui en faut-il une ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1999, vol. 4, n. 36, p. 599-635 ; L. S. Rossi, « "Constitutionnalisation" de l'Union européenne et des droits fondamentaux », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2002, vol. 38, n. 1, p. 27-52 ; D. Rousseau, « Pour une Constitution européenne », *Le Débat*, 2000, vol. 1, n. 108, pp. 54 et s. ; J. H. H. Weiler, C. Eisgruber (dir.), « Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective », *Jean Monnet Working Paper*, 2004, vol. 5, n. 4.

⁸ B. Kingsbury, N. Krisch, « Introduction: Global Governance and Global Administrative Law », *International Legal Order European Journal of International Law*, Oxford University Press, 2006, vol. 17, n. 1, p. 1-13.

⁹ La pensée de Jürgen Habermas est très variée, mais sa vision sur le droit et l'Union européenne peut être résumée en trois ouvrages : d'abord dans *Droit et démocratie*, et *Espace public* où il a développé une notion procédurale de démocratie et une théorie de la constitutionnalisation du droit dans le cadre du marché commun. En 1998, il écrit *Après l'Etat-nation*, ouvrage dans lequel il expose la nécessité d'une démocratie cosmopolite dans un espace européen post-national gouverné par la solidarité entre les peuples qui serait capable d'humaniser le capitalisme global.

¹⁰ R. Alexy, « La fórmula del peso », *El principio de constitucionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y derechos humanos del Ecuador, 2008, p. 13-42.

$$\text{GPi,jC} = \frac{\text{IPiC} \cdot \text{GPiA} \cdot \text{SPiC}}{\text{WPjC} \cdot \text{GPjA} \cdot \text{SPjC}}$$

Pour Jürgen Habermas, la « démocratie radicale » devrait profondément changer le sens classique de la démocratie moderne qui trouve ses origines dans les révolutions libérales anglaises et françaises. Selon ce modèle :

« le Parlement devient la caisse de résonance, pour ne pas dire la chambre d'enregistrement, des demandes issues de la société civile et les juges font œuvre de législateur en interprétant la “constitution vivante”. L'administration en revanche doit être étroitement surveillée, car c'est d'elle que vient tout le danger pour la préservation des “libertés communicationnelles” »¹¹.

Cette théorie cherche à instiller dans l'espace européen une grammaire juridique fondée sur les notions d'« État de droit », de « solidarité » et de « démocratie » mais avec une définition unifiée et étroite qui ne tient compte ni de l'histoire, ni des spécificités juridiques, ni des identités constitutionnelles des États membres. Au contraire, elle propose une Europe « post-nationale » bâtie sur l'idée d'une souveraineté populaire cosmopolite. Pour cela, une Europe fédérale doit se substituer à l'État-nation, un modèle étatique qui serait une fiction historique aujourd'hui dépassée et inadaptée au contexte de globalisation économique.

De notre point de vue, cette lecture de la réalité juridique est réductrice parce qu'elle semble ignorer l'héritage libéral au fondement même de la notion de souveraineté politique, au cœur de la modernité constitutionnelle représentée notamment par les réflexions de Locke et de Tocqueville. Ces auteurs ont pensé la constitution comme un contrat juridique de délégation de souveraineté réalisé par des citoyens qui conservent une puissance d'opposition -droit de résistance- contre les abus du pouvoir en place et envisagé un juge gardien de ce contrat sans jamais se substituer au peuple. En revanche, le constitutionnalisme supranational d'origine allemande s'est transformé en une méthodologie de l'« hyper modernité juridique radicalisée ». Le droit, l'État et la politique sont pleinement intégrés à la dogmatique constitutionnelle de l'individualité juridique qui s'épanouit sur le marché¹². Cette approche a le défaut de dédire la dimension politique et de contre-pouvoir -droit de résistance- qui devrait logiquement être au cœur d'un projet de constitution régionale. Selon Jürgen Habermas, l'espace public européen ne doit pas être un lieu de confrontations politiques entre les grands acteurs de la gouvernance économique mondiale et les citoyens, mais le lieu où les « privilégiés » écoutent en silence

¹¹ L. Lemasson, « La démocratie radicale de Jürgen Habermas », *Revue française de science politique*, 2008, vol. 58, n. 1, p. 39-67.

¹² P. Comanducci, « Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico », in M. Carbonell (dir.), *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, p. 83.

les revendications des « défavorisés ». C'est dans la raison des arguments que doit naturellement émerger une « vérité » publique qui puisse apprivoiser le capitalisme global et qu'un juge pourra ensuite déclarer politiquement légitime. La volonté générale des citoyens manifestée dans une constitution, la création d'une théorie de l'administration supranationale et la souveraineté d'un parlement régional sont des questions essentielles pourtant réduites *a minima* dans le débat constitutionnel actuel. Est plutôt encouragée une pondération des principes constitutionnels et économiques réalisée par des juges et des pouvoirs technocratiques supranationaux. L'espace public est hanté par l'ombre de la dogmatique constitutionnelle et le marché commun. Cependant, celle-ci n'a paradoxalement pas la prétention de construire un « commun à tous » au niveau supranational ; une théorie du service public qui dépasserait le cadre de l'État-nation. À l'inverse, le constitutionnalisme contemporain conduit à une standardisation, une affirmation de « micro-droits », une radicalisation de la démocratie procédurale et un égalitarisme individualiste qui s'exprime moins dans les forums politiques que sur les marchés régionaux et mondiaux.

Une partie de la doctrine contemporaine du droit administratif allemand signale que la constitutionnalisation du droit administratif a conduit à deux écueils¹³. Le premier est une « cristallisation » du droit administratif ; le second est une « hyper subjectivisation » du droit administratif. La « cristallisation » du droit administratif traduit l'idée d'une perte de flexibilité théorique et fonctionnelle de ce dernier lorsque la constitutionnalisation et l'interprétation constitutionnelle se confondent. La constitutionnalisation doit se limiter à offrir des perspectives au législateur et non à lui imposer le contenu des règles juridiques ce qui pourrait être vu comme un « impérialisme » de la constitution vis-à-vis des autres composantes de l'ordre juridique. Le rôle que doit jouer le droit constitutionnel *vis-à-vis* du droit administratif et du droit supranational est de favoriser une harmonie du droit, non sa standardisation. Un second écueil est le risque qu'une protection dogmatique des droits individuels conduise à un développement subjectif et incomplet du droit administratif, à une indistinction entre l'espace public et l'espace privé. L'activité administrative se met au service des intérêts individuels, mais elle doit aussi viser la satisfaction des intérêts collectifs. Il est important qu'émerge un droit objectif pour répondre aux défis relevant de l'intérêt général de la société supranationale sans cesser de protéger pour autant les droits subjectifs.

¹³ E. Schmidt-Aßmann, S. Dagrón, « Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand », *Revue Française de droit administratif*, 2008, vol. 127, n. 3, p. 531.

La démocratie supranationale semble aujourd'hui réduite à une pratique juridique factuelle dont la liberté doit s'exprimer sur le marché, les *mass-media*, dans la pratique des technocraties supranationales et dans une notion de solidarité supranationale plus proche de celle de communauté identitaire que d'un véritable nouveau modèle d'État. Si l'on pousse l'analyse, on peut y lire le remplacement des démocraties républicaines nationales construites par l'histoire constitutionnelle de chaque nation, par une « théocratie constitutionnelle » supranationale du, par et pour le marché qui ne questionne pas les fondements de la standardisation provoquée par le marché mais seulement son degré d'intervention. En Europe, l'abandon d'un projet de constitution politique en 2005 a conduit à la consolidation d'un constitutionnalisme liquéfié dans l'économie qui transparait du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne de 2009. On assiste à un constitutionnalisme sans politique, sans peuple et sans dialectique sociale, en total décalage avec le principe de constitution issu des traditions libérales de la France, l'Angleterre ou encore des États-Unis. En Amérique latine, ce phénomène qui va de pair avec une vision néolibérale de l'économie est sans doute encore plus intense ce qui provoque de graves conséquences sur la société caractérisée par des inégalités de plus en plus marquées. Ce mouvement démantèle doucement mais sûrement les services publics, la puissance publique et contribue à instaurer une sorte d'« État économique » plus soucieux des investissements internationaux que des droits sociaux des citoyens. Ces derniers disposent comme seul mécanisme de contestation un recours individuel constitutionnel devant un juge afin de trouver le meilleur argument possible face à la force du marché mondial (*amparo*) : « le pot de terre contre le pot de fer ». Dans les deux systèmes juridiques régionaux, on constate une même instrumentalisation de la démocratie et une indistinction entre biens économiques et droits juridiques dès lors que l'on accorde constitutionnellement une égalité entre marché et puissance publique de l'État¹⁴. Le droit public comparé montre que l'internationalisation du droit à une autre conséquence majeure, tant en Europe qu'en Amérique latine : le droit public se fragmente à mesure qu'il s'internationalise. Lorsque l'analyse économique et la constitutionnalisation des droits fondamentaux¹⁵ sont intégrées à la science de l'administration publique¹⁶, il se produit une séparation radicale entre la pensée administrative de l'État et la pensée constitutionnelle de la société. Plus précisément, à

¹⁴ M. J. Sandel, *Ce que l'argent ne saurait acheter*, Seuil, 2014.

¹⁵ N. Robatel, « Réforme de l'Etat et agents publics », *Problèmes politiques et sociaux*, n. 990, 2012.

¹⁶ J. Chevallier, *Science Administrative*, PUF, coll. « Themis droit », 2007.

mesure qu'une société de droits subjectifs se consolide à l'échelle de la gouvernance économique mondiale, émerge un morcellement du droit public.

1.2. *Le Global Administrative Law*

Cette doctrine contemporaine du droit administratif supranational transparaît notamment dans les travaux de S. Cassese¹⁷ en Europe et B. Kingsbury¹⁸ dans le monde anglo-américain qui pensent le phénomène de l'internationalisation juridique en envisageant la naissance d'un *Global Administrative Law* reposant en particulier sur une universalisation de la notion administrative d'*accountability*. Il s'agit de créer un droit d'autorégulation cosmopolite depuis le précepte « naturel » de l'autorégulation administrative ; un droit universel qui naît à partir des institutions mondiales et régule l'économie globale. À cette fin, les auteurs proposent la simplification des définitions et des dispositifs juridiques de la régulation réunies dans une seule notion : l'*accountability*. Cette notion née dans la tradition juridique de *Common Law*, repose sur les principes d'auto-responsabilité, d'efficience et d'autorégulation *vis-à-vis* des administrés. Le terme possède plusieurs significations. Il a notamment pu être défini comme « *a state of being responsible or answerable* »¹⁹ ; ou comme « *the obligation of evidencing good management, control, or other performance imposed by law, agreement or regulation* »²⁰. Aujourd'hui, l'*accountability* est envisagée comme une notion universelle relevant de l'idée d'une bonne administration globale et comme le seul dispositif juridique capable d'évaluer l'efficacité et la légalité des actions des acteurs économiques dans un cadre globalisé²¹.

La notion légitimerait un *Global Administrative Law* qui considère que tous les droits administratifs nationaux portent des principes communs à l'instar de l'auto-régulation et de la responsabilité publique. Ces éléments se retrouvent dans des dispositifs de régulation supranationale²² qui tendent à gouverner les phénomènes d'interdépendance économique

¹⁷ S. Cassese, « The Globalization of Law », *New York University Journal of International Law and Politics*, 2005, n. 37, p. 973.

¹⁸ B. Kingsbury, N. Krisch, R. B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, *Institute for International Law and Justice (New York University School of Law) Working paper*, 2004.

¹⁹ H. Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co, 1979, p. 18.

²⁰ E. L. Kohler, *A Dictionary for Accountants*, Prentice-Hall, Inc., 5^e éd. 1975, p. 6.

²¹ C. Harlow, « Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values », *European Journal of International Law*, Oxford University Press, 2006, vol. 17, n. 1, p. 187-214.

²² P. K. Blind, « Accountability in Public Service Delivery: A Multidisciplinary Review of the Concept », Prepared for the Expert Group Meeting, *Engaging Citizens to Enhance Public Sector Accountability and Prevent Corruption in the Delivery of Public Services*, Blind Governance and Public Administration Officer DMB/DPADM/UNDESA, 2011.

globalisée de secteurs comme la sécurité, le développement, le financement des pays en voie de développement, la protection de l'environnement, la régulation du secteur bancaire et financier, les communications, le commerce de biens et de services, la propriété industrielle et intellectuelle, le droit du travail ou encore les mouvements de migration. La promesse du *Global Administrative Law* consiste ainsi à rassembler toutes les activités administratives dispersées de régulation nationale, régionale, transnationale, publique comme privée, autour d'une notion juridique qui serait « commune » et « naturelle » à tous : l'*accountability*.

Cette théorie du *Global Administrative Law* est contestable sur au moins deux points. Le premier est celui de l'indépendance des structures juridiques régionales comme l'Union européenne, la Communauté andine et le Mercosur. Le second est celui du poids persistant des traditions administratives nationales. S'agissant du premier point, les partisans d'un *Global Administrative Law* considèrent que les organisations économiques et juridiques recherchant un haut niveau d'intégration comme l'Union européenne ou la Communauté andine ont déjà vécu les premières étapes d'une globalisation juridique et administrative, mais restent des structures supranationales encore trop tributaires de l'État-nation. De plus, elles se trouvent en confrontation directe avec des systèmes de régulation mondiale comme l'Organisation mondiale du commerce qui exerce de véritables fonctions juridiques globales. S'agissant du second élément, on note que la doctrine du *Global Administrative Law* est confrontée tant à un problème de définitions ambiguës qu'à une difficulté théorique pour édifier un objet d'étude précis et une notion matérielle concrète d'administration supranationale. Elle est plus proche d'un *soft law* international propice aux affaires privées globalisées qu'à une véritable tradition administrative régulant les affaires publiques au niveau mondial²³. Les traditions juridiques et administratives nationales (notamment les droits administratifs français, allemand, espagnol et colombien) ont donné à la notion de régulation des significations propres. Au contraire, la notion d'*accountability* repose sur une approche qui nie l'histoire juridique de telle sorte que ses traductions deviennent très floues et parfois contradictoires : « comme cela arrive souvent, le succès d'un nouveau vocable ou d'une nouvelle notion s'accompagne d'une dilution du sens par l'effet d'usages trop hétérogènes, mais autorisés par leur indétermination »²⁴. Ainsi, l'*accountability* se traduit le plus

²³ Notes, Colloque : « Un droit administratif global ? », Université Paris X – Nanterre, 16-17 juin 2011, non publié.

²⁴ G. Marcou, « Présentation. La gouvernance : innovation conceptuelle ou artifice de présentation ? », *Annuaire des collectivités locales*, t. 26, 2006, p. 18.

souvent par l'obligation des pouvoirs publics de rendre des comptes à la société civile cependant une telle responsabilité en quelque sorte « volontaire » n'a pas d'équivalent dans les droits administratifs continentaux. En droit français par exemple, on ne trouve pas de notion juridique jumelle car :

« il n'existe pas de mot français qui serait la réplique parfaite du mot “*accountability*”. Si l'on ne veut pas courir le double risque de l'artificialité et de l'obscurité, la seule solution est d'analyser le sens du terme et de chercher dans le vocabulaire français les éléments qui permettront chaque fois de véhiculer l'idée de l'auteur du texte »²⁵.

En d'autres termes, il convient de se référer aux notions classiques du droit administratif comme la responsabilité de l'État pour fautes de l'administration, ou la notion de service public, ou encore celle de protection de l'intérêt général pour trouver des notions comparables mais pas semblables. L'*accountability* se rapproche davantage de l'idée d'« imputabilité ». Se pose donc la question d'une véritable compatibilité car ces notions portent en réalité des valeurs juridiques et politiques différentes de celles qui caractérisent les notions d'*accountability* et de « gouvernance globale »²⁶.

Par ailleurs, notons que la théorie du *Global administrative Law* ne fait aucune mention à la notion d'intérêt général ou à celle d'ordre public international. Ces notions sont remplacées par des termes moins contraignants, plus ouverts aux interprétations, faisant référence à l'économie, l'autocontrôle de gestion, les codes de bonne conduite, une éthique des entreprises, l'idée de développement durable, la valeur actionnariale, etc. Des valeurs caractéristiques de la gestion privée sont transférées à l'administration publique internationale pour organiser une direction fondée sur la transversalité au détriment d'une approche sectorielle. Il émerge des indicateurs communs comparables à un « *strategic planning* »²⁷.

1.3. Constitution et administration globale

L'*accountability* et la « constitutionnalisation du droit régional » semblent s'imposer comme les dispositifs à privilégier pour la régulation de l'administration globale. On retrouve ici, une logique d'ordre spontané avec une prétention à l'universalité de valeurs en vue d'uniformiser le droit public. Le but politique est de privilégier un

²⁵ Ordre des comptables agréés du Québec, *Terminologie comptable*, juin 2002.

²⁶ D. Mockle, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *Les Cahiers de droit*, 2012, vol. 53, n. 1, p. 3-48.

²⁷ Disponible en ligne : <http://www.crefige.dauphine.fr/recherche/actualite/octobre.htm> (consulté le 19 novembre 2019).

sentiment de sécurité pour répondre à l'incertitude globale. À cette fin, il convient de s'approprier les valeurs juridiques, de dépasser les traditions administratives et de construire une nouvelle grammaire juridique fondée sur des valeurs centralisées en réponse à la diversité des notions qui serait néfaste au marché mondial et pour une constitutionnalisation du droit économique.

Néanmoins, on peut constater l'impuissance du droit constitutionnel lorsqu'il s'agit d'apporter des réponses à une théorie complète du droit supranational et de l'intérêt général sans tomber dans le fétichisme du constitutionnalisme et la fiction de l'argumentation des juges ; évolutions qui ont fini par mettre en question la valeur de la démocratie, la volonté générale, la sécurité juridique, mais aussi l'unité logique du droit en tant que système. Le conflit entre droit constitutionnel et développement du marché évoqué par les néo-constitutionnalistes est un faux dilemme. La quantification du droit est une technique partagée autant par l'analyse économique du droit que par le *Global Administrative Law* et les partisans de la constitutionnalisation du droit international. Le droit constitutionnel a fini par intégrer à sa réflexion l'utilitarisme de la valeur, une réflexion en termes de coût des principes juridiques au regard d'une rationalisation économique. La constitution économique de la gouvernance mondiale a fait du marché le seul espace de production des droits. À cet égard, lorsque le juge assume un débat entre validité et efficacité de la norme juridique dans un cadre de gouvernabilité économique, l'utilitarisme individuel l'emporte. Les traités de l'Union européenne et de la Communauté andine ont cessé de proposer une lecture politique des pouvoirs supranationaux pour devenir une dogmatique juridique des droits économiques dans le cadre du marché. Il y a substitution de l'économie à la politique avec la construction d'un avatar, d'une réalité juridique parallèle fondée sur les rapports économiques des organisations internationales comme la Banque mondiale, le Fond monétaire international et l'Organisation mondiale du commerce.

Les grands défis contemporains pour le droit administratif, et plus largement le droit public, ne sont plus les critiques historiques faites par le droit britannique contre les prérogatives de l'administration mais plutôt les réductionnismes juridiques réalisés par les constitutionnalistes du droit supranational et les tenants d'un *Global Administrative Law* niant la valeur juridique des diverses formes historiques d'« État de droit » et des administrations nationales dans les espaces communautaires. Le mépris de l'histoire et de la diversité du droit est un écueil important qui attend le droit public dans l'espace supranational. L'individualité et la simplification des formes juridiques installent un désert du

droit ; une illusion d'échapper à la souffrance en construisant une subjectivité juridique par rapport à autrui est plus confortable, d'être un individu parmi d'autres avec « mon droit à moi plutôt qu'un droit pour tous ».

1.4. Au-delà de la standardisation ?

En dépit du progressisme social qu'elles revendiquent, ces approches offrent une vision simplificatrice et standardisée de la réalité actuelle complexe de l'État de droit, de la démocratie, de la régulation, de la solidarité sociale et du droit administratif. Il en résulte un approfondissement de l'hyper-individualisme juridique en opposition avec la tradition juridique de réaffirmation de l'objectivité du droit afin de garantir la singularité de l'homme dans le corpus social en tant qu'immanence et puissance juridique à part entière²⁸. À notre sens, ces doctrines ne répondent pas complètement à la question essentielle qui est aujourd'hui posée : comment penser un droit public régional à partir d'une notion de gouvernabilité économique régionale²⁹ ? Comment articuler mémoire et évolution dans le droit communautaire ? De quelle manière concilier espace public et espace privé, tradition et « avant-gardes » juridiques à l'échelle supranationale³⁰ ?

Est-il réellement possible d'échapper à la standardisation constitutionnelle, administrative et économique du droit public contemporain ? La comparaison des jurisprudences de la CJUE et du Tribunal de justice de la Communauté andine révèle que la complexité juridique du droit public régional n'est pas le signe de l'inefficience des systèmes juridiques nationaux face à l'effcience du capitalisme mondial³¹ mais, au contraire, la réaffirmation de la richesse des traditions juridiques occidentales et du pluralisme juridique libéral pour résoudre la dialectique unité-pluralité en préservant la singularité juridique. C'est pourquoi le projet de *Ius publicum* régional ne doit pas être réduit à des notions « dogmatiques » comme la « démocratie radicale », la constitutionnalisation du droit régional ou le *Global Administrative Law* car il n'existe pas de modèle unique de constitution régionale, d'administration, ou de démocratie. En revanche, la jurisprudence comparée met au jour des éléments constitutionnels, des technologies administratives, des pratiques, des valeurs juridiques et démocratiques

²⁸ N. Krisch, « The Pluralism of Global Administrative Law », *International Legal Order European Journal of International Law*, Oxford University Press, 2006, vol. 17, n. 1, p. 247-278.

²⁹ Voy. B. Spinoza, *Œuvres : Traité politique. Lettres*, Garnier-Flammarion, 1966.

³⁰ Voy. H. Bergson, *L'évolution créatrice*, PUF, 2007.

³¹ Banque mondiale, *Doing business in 2005 : removing obstacles to growth*, 2004.

communes aux pays membres de l'Union européenne et de la Communauté andine. Le juge est le garant historique de l'intérêt général et de la manifestation de la puissance de l'État des deux côtés de l'Atlantique. Il semble plus pertinent que le *Ius publicum* régional se construise non sur l'individualité, l'homogénéisation et la standardisation mais sur les singularités juridiques nationales, la coordination, l'harmonisation ordonnée de valeurs et de traditions juridiques à partir d'un dialogue des juges excluant tout dogmatisme juridique ou économique. Mais comment articuler mémoire nationale et processus régional ?

2. LA TRADITION : PRESERVATION DE LA MEMOIRE JURIDIQUE PARMIS LA COORDINATION-HARMONISATION DES PLURALISMES REGIONAUX

Pour surmonter ces défis et imaginer un droit supranational toujours ancré dans la tradition politique libérale porteuse de liberté, d'émancipation de l'homme de tout pouvoir despotique (politique ou économique) et de pluralisme juridique, on doit réfléchir à l'existence d'un droit public régional asymétrique en voie d'internationalisation qui naît à partir d'un dialogue délocalisé des juges de la CJUE, du Tribunal permanent de révision du Mercosur et du Tribunal de justice de la Communauté andine³². La jurisprudence comparée permet de mettre en évidence que le droit administratif trouve son fondement traditionnel en dehors de l'économie et de la constitutionnalisation du droit. C'est sur la théorie de l'administration, un droit de police, la puissance publique, les rapports juridiques entre administration et citoyen, et sur les valeurs du libéralisme politiques au XIX^e siècle qu'est né le droit administratif en Europe, en France et en Allemagne. Sur ce point, les doctrines françaises et latino-américaines partagent l'héritage d'un contentieux administratif : le juge est compétent pour se prononcer sur une décision de l'administration qui intervient sur le marché, les biens sociaux, et tranche l'affaire en considérant si cette décision a été bien ou mal motivée, à la lumière de l'intérêt général. Ainsi, il existe historiquement un droit de l'administration et de la puissance publique qui s'applique aux activités économiques en Amérique latine, un droit administratif qui n'est pas quantifié à l'aune de l'efficacité économique. Les recours en annulation portés devant le juge régional (la CJUE et le Tribunal de justice de la Communauté andine) représentent un premier indice de l'existence d'un juge de la légalité supranationale tant dans l'Union européenne que dans l'Amérique latine, toutes deux s'étant inspirées des traditions

³² Voy. *II encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Tribunal de justicia de justicia de la comunidad andina, Cartagena de Indias, Colombia, 2010.

nationales, notamment du modèle de droit administratif français. Pour les juristes administrativistes, un élément organique ne suffit pas, à lui seul, à justifier un droit public communautaire. Une notion matérielle de juridiction administrative est indispensable : selon la doctrine européenne, la compétence administrative du juge de l'Union européenne doit être établie d'un point de vue matériel, c'est-à-dire en considération du contenu du contentieux régional qui doit rechercher la protection de l'intérêt général régional et la pérennité de l'intégrité du système de l'Union européenne.

Pour ces raisons, la hiérarchie entre droit constitutionnel et droit administratif – faite par les constitutionnalistes – n'aide pas à résoudre cette énigme contemporaine du droit public comparé, mais au contraire approfondit la blessure entre la revendication de micro droits individuels sur le marché et l'incertitude d'un intérêt général régional. Aujourd'hui la réflexion se poursuit quant au modèle d'intégration communautaire pluraliste à adopter : comment passer d'une vision pyramidale qui fait de la constitution la norme suprême à une théorie circulaire de la primauté entre droit administratif et droit constitutionnel dans le cadre régional ?

2.1. La circulation des traditions juridiques

Lorsque des systèmes juridiques nationaux entrent en relation dans une entité juridique supranationale, il se produit une intrication de principes et de valeurs et apparaissent de nouveaux instruments. Mais comme tout corps complexe, le droit régional est nécessairement traversé de contradictions et de conflits. C'est pour cette raison que l'harmonisation dans l'unité et la préservation de son identité juridique deviennent les enjeux centraux ; plus que de chercher une meilleure réponse ou une seule réponse -la vérité- comme l'affirme le néo-constitutionnalisme latino-américain qui n'est pas indifférent à la tradition constitutionnelle allemande. Comme l'écrivait Spinoza, la conservation de l'unité de l'être est un enjeu déterminé par une stratégie de *Conatus*, c'est-à-dire une stratégie dynamique : toutes les choses s'efforcent, politiquement et juridiquement, à persévérer dans la mémoire³³. Ainsi, le fondement d'un droit public régional passe d'abord par une prise en compte de l'histoire, la conservation de la tradition juridique du droit administratif, manifestation d'une puissance publique et d'un État de droit dans la pensée libérale.

³³ L. Bove, « Introduction », in Baruch SPINOZA, *Traité politique*, op. cit., p. 26.

Pour cette raison, un *Ius publicum* régional ne peut se contenter des approches de la mondialisation juridique proposées par les défenseurs d'un *Global Administrative Law* ou les partisans d'une constitutionnalisation du droit régional. La construction, la légitimité, la validité de toute norme juridique est en effet liée aux mémoires politiques de la société supranationale. Il convient plutôt de partir de l'analyse des politiques publiques régionales, des régimes juridiques concrets comme celui du service public, ainsi que des pratiques juridiques comme la régulation pour déterminer si un droit public de puissance publique est une réalité partagée régionalement dans l'Union européenne et la Communauté andine ce qui serait le signe d'un phénomène d'internationalisation pluraliste du droit public régional. Il nous paraît possible de dessiner des éléments communs pour un droit public régional fondé sur la réalité d'un pouvoir, la nécessité d'une puissance publique plutôt que de continuer à légitimer une argumentation sophiste favorable à une constitutionnalisation du droit régional, mais sans jamais poser la question de savoir de quel droit il s'agit.

La puissance publique régionale doit avoir une double dimension : une qui la justifie ; une autre qui la légitime. La puissance publique n'est pas une notion fixe qui se situe en dehors de l'histoire, elle doit évoluer de manière permanente pour continuer à se justifier. Le pouvoir devient démocratique lorsqu'il s'institutionnalise et s'incarne dans des normes juridiques produites par des acteurs politiques élus par les citoyens, lorsque la subjectivité est comprise dans un espace commun.

2.2. Revisiter le positivisme juridique à l'échelle régionale : un « avant-garde » de continuité juridique et non de rupture constitutionnelle

C'est pourquoi, dans le but de fonder un cadre commun et pluraliste, il nous semble nécessaire de construire une pensée éclipique tenant compte des traditions juridiques dans un contexte d'internationalisation du droit public régional. Il s'agit de revisiter et d'engager le dialogue entre deux théories du positivisme *a priori* distinctes : la première est le « positivisme inclusif » de Hart et la seconde repose sur la construction institutionnelle du droit proposé par Hauriou (l'« individualité objective »). Hart propose une notion matérielle du droit tandis qu'Hauriou pense une notion organique du droit. Cependant, malgré leur appartenance à des cultures juridiques différentes, les deux juristes se rejoignent sur un point : le droit se manifeste par des règles, des faits juridiques objectifs d'origine institutionnelle, c'est-à-dire avec une dimension politique.

Dans son ouvrage *Le concept de droit*³⁴, Hart propose un positivisme inclusif destiné à apporter de l'ordre à une société primitive imaginaire qui ne distingue pas encore entre le fait social et le fait juridique. Il pense le droit comme un ensemble d'ordres contraignants qui s'inscrivent dans un système complexe où doivent être distingués le fait social et le fait juridique. À cette fin, il est nécessaire de séparer le droit de la morale, identifier une objectivité sociale, rassembler la société autour de la légitimité de la norme plutôt que de tomber dans le subjectivisme moral. Toutefois, pour corriger les lacunes juridiques, il convient de préserver une critique morale du droit mais dans le cadre de la société politique, en dehors de la sphère juridique. Hart construit un système complexe composé de règles primaires (*Uncertainty, Static, Inefficiency*) et secondaires fondé sur une notion centrale : « la règle de reconnaissance » qui détermine l'organisation du monde juridique et garantit la validité du droit³⁵ (*Internal point of view / External point of view*). Le juge (*Legal Officials*) joue en outre un rôle primordial dans ce modèle, chargé de préserver l'ordre du système juridique dans son ensemble. C'est un juge architecte du droit positif qui tient compte de manière mesurée d'une morale sociale justifiant *in fine* l'efficacité du droit. L'auteur ne néglige pas complètement le droit naturel ni le pluralisme juridique ayant vécu et étudié le droit aux États-Unis, c'est ainsi qu'il perçoit le droit comme un système complexe et inclusif et insiste sur le rôle stratégique du juge pour clarifier le droit.

Quant à Hauriou, il place l'institution au centre de l'univers juridique où elle « représente la catégorie de la durée, de la continuité et du réel »³⁶. Dans son esprit, la règle du droit est liée à une institution, et les institutions sont la représentation de la tradition, de l'objectivité ; un équilibre de confrontations politiques et de forces juridiques. Ainsi, « l'état de justice et de paix doit être lié à une organisation déterminée » et à mesure qu'une institution devient « État de droit », elle prend source dans le droit.

³⁴ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. Van De Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis de Bruxelles, 1976.

³⁵ « Une telle reconnaissance ne suppose pas nécessairement qu'il y ait un consentement du peuple, car il existe bien d'autres formes de pouvoir que la forme démocratique. Mais la reconnaissance, qu'elle soit due à la croyance, à l'aliénation idéologique, aux effets de la conquête ou au libre consentement, n'en sera pas moins indispensable, dans la mesure où elle seule est susceptible de faire exister une communauté politique. C'est l'existence de cette communauté politique collectivement reconnue qui donnera une valeur à la règle de reconnaissance elle-même, et rendra pleinement valide le critère formel auquel s'était limitée l'investigation de Hart », C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu en droit politique (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Juspoliticum*, 2010, n. 5, disponible en ligne : <http://www.juspoliticum.com/Reconnaissance-et-desaveu-en-droit.html> (consulté le 19 novembre 2019).

³⁶ M. Hauriou, « Théorie de l'institution. Essai de vitalisme social », *Cahier de la nouvelle journée*, 1925, n. 4, p. 2.

Pour Hauriou comme pour Hart, la notion de « règle de droit » est primordiale. Pour ne pas être, chimérique, elle doit être accompagnée d'une sanction et doit être émise par une autorité légitimée par la société politique : « une règle de droit n'a de valeur de droit positif que si, formulée à l'intérieur d'une institution, elle exprime dans son contenu la discipline de l'institution et est sanctionnée par cette même discipline ; elle bénéficiera alors de l'autorité de la contrainte et aussi des sentiments moraux d'une collectivité organisée [...] la théorie de la légalité ». Toutefois, la règle de droit ne relève pas forcément d'un cadre territorial, mais plutôt d'un cadre institutionnel, comme l'est aujourd'hui l'espace du droit communautaire.

Rapprocher les positivismes juridiques anglais et français semblait à première vue contradictoire cependant dans les deux cultures juridiques fondatrices de la modernité juridique est réaffirmée la nécessaire indépendance du droit face à la morale. Pour aborder le dilemme de la liberté-sécurité à la lumière du droit régional comparé, la souveraineté du politique doit être rendue à la société supranationale afin que ce soit elle qui légitime la constitutionnalisation d'une structure de production juridique en tant qu'expression d'un fait politique supranational : une constitution et l'étatisation démocratique du pouvoir. En ce sens, on peut considérer que le positivisme français a été incorrectement attaqué par le constitutionnalisme qui a oublié que le droit administratif hexagonal n'a jamais été le produit d'un législateur absolu, ou d'un positivisme juridique aveugle soumis à la loi. Au contraire, ce droit est né d'un activisme juridique modéré des juges qui ont recherché à mettre en œuvre la loi dans sa dimension politique et administrative. Il s'est agi de déterminer les règles de reconnaissance à l'intérieur de la société, par exemple à travers la notion de service public en tant que garantie d'efficacité des droits fondamentaux, et la responsabilité objective de l'Etat comme dispositif de contre-pouvoir pour les citoyens contre les abus des pouvoirs publics³⁷. La réaffirmation juridique de l'espace public est la condition d'une revendication de la singularité dans le pluralisme. Il convient de penser une gouvernabilité régionale, un gouvernement supranational comme un fait juridique, objectif, démocratique et envisager une architecture d'administration supranationale.

³⁷ S. Theron, « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi », *Revue française de droit administratif*, 2004, vol. 2, p. 230.

2.3. De la mémoire des singularités vers l'altérité du pluralisme juridique : un modèle supranational inclusif

La tradition juridique occidentale, depuis le droit romain, est bâtie sur l'idée que le droit et la justice se définissent par rapport à autrui, non par rapport à soi-même³⁸. Le grand enseignement de cette tradition juridique et du droit public comparé est que la construction de la singularité est possible seulement dans la mesure où il existe un espace public. Construire cet espace public revient donc à donner la possibilité à chaque individualité de se manifester³⁹, à la doter d'une personnalité juridique pour qu'elle devienne une personne politique avec des droits et des devoirs juridiques. Ceci va plus loin que le dialogue idéalisé, pacifique et neutre fondé sur une vérité de la justice proposée par Jürgen Habermas qui conduit *in fine* à limiter les pouvoirs des institutions politiques qui sont pourtant le cœur de tout système démocratique. Le corpus social est composé d'une pluralité d'individus et chacun a la puissance de se manifester dans un dialogue de reconnaissance mutuelle par rapport au corpus commun⁴⁰ : l'État. Les rapports sociaux sont toujours conflictuels et dialectiques. C'est à la politique et au droit qu'il revient de construire une notion objective et pacificatrice de norme de droit qui est le fondement libéral de tout pacte politique et de tout acte juridique⁴¹. Ainsi, de notre point de vue, penser un pluralisme juridique harmonisé du droit public régional demande nécessairement de réfléchir à l'objectivité juridique, à l'espace public communautaire et à une démocratie politique -avant la démocratie juridique- pour pouvoir définir un contre-pouvoir de contestation de la pensée hégémonique contestable d'un droit global.

Il convient de dépasser la théorie constitutionnelle qui met l'accent sur les droits de chacun exercés dans le cadre d'un marché mondial pour revenir à une théorie constitutionnelle du pouvoir reposant sur le commun portant l'idée de gouvernabilité régionale. La finalité est ne pas tomber dans le désert de la standardisation des notions juridiques qui annonce l'avènement d'une « société de masses mondialisée ». La fin de l'espace public se produit lorsque les individus se trouvent isolés dans le marché, lorsque la peur ou la suspicion à l'égard des autres s'imposent⁴² et deviennent un trait majeur de la société contemporaine. Comme l'écrit Hannah Arendt, la caractéristique de l'isolement

³⁸ T. d'Aquin, *Somme théologique*, éd. du Cerf, 1984.

³⁹ M. Heidegger, *Être et Temps*, Bibliothèque de Philosophie - Œuvres de Martin Heidegger, Gallimard, 1986.

⁴⁰ B. Spinoza, *Traité politique*, op. cit.

⁴¹ E. Betti, *Teoría general del Negocio jurídico*, trad. de l'italien par A. Martin Perez. Ed. Comares. 2000, p. 5-6 ; F. C. Von Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, Tome II, trad. de C. Guenoux, trad. J. Mesia, trad. M. Poley. Madrid, Góngora y Compañía editores, 1879, p. 35.

⁴² Montesquieu, *De l'esprit des lois, les formes de gouvernement*, 1748.

consiste en l'impuissance d'agir politiquement en tant que singularité dans l'espace public, orienté vers les autres. En effet, « l'individualité humaine n'est pas l'altérité »⁴³ et l'altérité est le seul fondement du pluralisme juridique.

Mais pour que la puissance publique régionale agisse dans un contexte de mondialisation du droit, le juge régional doit avoir la capacité de discerner la règle de reconnaissance dans une société complexe à la lumière tant de la tradition que de l'évolution du droit. À cet égard, on doit reconnaître que l'apport plus significatif des théories juridiques que l'on a qualifié d'« avant-gardes » du droit est la mise en exergue du rôle du juge qui se situe au centre de la validité normative, la réaffirmation de son savoir stratégique en tant qu'élément essentiel pour construire un droit régional efficace et démocratique. Il nous semble que le juge est également un contre-pouvoir face aux pouvoirs globalisés du marché. Un juge enfin qui devrait avoir comme rôle d'« administrativiser » le droit constitutionnel plutôt que de continuer à constitutionnaliser le droit administratif. C'est-à-dire, les droits de l'homme ne peuvent être interprétés en tant que dogmes ; ils doivent plutôt être pensés comme un processus historique qui revendique la dignité humaine tout en réaffirmant la place politique du citoyen dans la cité ; ce qui est l'inverse de l'individualisme juridique dans le marché commun.

Enfin, on peut penser à l'émergence d'un républicanisme communautaire caractérisé par une « puissance qui assure l'existence du domaine public, de l'espace potentiel d'apparence entre les hommes en agissant et parlant »⁴⁴. Prendre en considération la mémoire collective, la durée, les habitus juridiques, la permanence de notions comme le service public, l'identité constitutionnelle, le contenu de la tradition juridique permet d'imaginer les « avant-gardes » de l'avenir. Il s'agit d'une conception du droit public comparé comme pouvoir, stratégique et immanent, qui peut s'opposer aux forces contemporaines de l'économie. Il s'agit de prendre en considération la *virtù* de la singularité⁴⁵ de l'homme pour bâtir une gouvernabilité économique régionale « *quantum in se est* »⁴⁶ ainsi qu'une autolimitation du juge qui ne doit pas se substituer à l'espace politique qui réunit les citoyens. C'est gouverner par la prudence des pouvoirs publics (*autoritas*) au-delà d'une théocratie constitutionnelle (*potestas*) qui professe la

⁴³ Voy. : S. Courtine-Denamy, « Le sahara en Afrique n'est qu'une forme de désert », préface à H. Arendt, *Qu'est-ce que la politique ?*, éd. Seuil, 2001.

⁴⁴ H. Arendt, *La crise de la culture*, op. cit., p. 260.

⁴⁵ B. Spinoza, *Ethique*, livre V, 1861.

⁴⁶ B. Carnois, « Le désir selon les Stoïciens et selon Spinoza », *Dialogue*, 1980, vol. 19, p. 255-277.

dogmatique normative de la constitution et qui promet la liberté économique en échange du renoncement à la souveraineté, à la politique de contre-pouvoir, à l'histoire et au pluralisme juridique ; des notions qui ont fondé le droit. L'éthique (*ethos*) enseigne aux juristes que toute démesure humaine conduit à la tragédie et qu'au contraire l'ouverture de la pensée vers autrui permet la réconciliation.