

Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts
für Internationales Recht an der Universität Kiel

Band 155

Weltinnenrecht

Liber amicorum Jost Delbrück

Herausgegeben von

**Klaus Dicke, Stephan Hobe, Karl-Ulrich Meyn,
Anne Peters, Eibe Riedel, Hans-Joachim Schütz
und Christian Tietje**



Duncker & Humblot · Berlin

K. Dicke / St. Hobe / K.-U. Meyn / A. Peters /
E. Riedel / H.-J. Schütz / Ch. Tietje

Weltinnenrecht

Liber amicorum Jost Delbrück

**Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts
für Internationales Recht an der Universität Kiel**

Herausgegeben von

**Jost Delbrück, Rainer Hofmann
und Andreas Zimmermann**

Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht

155

Völkerrechtlicher Beirat des Instituts:

Rudolf Bernhardt
Heidelberg

Christine Chinkin
London School of Economics

James Crawford
University of Cambridge

Lori F. Damrosch
Columbia University, New York

Vera Gowlland-Debbas
Graduate Institute of International
Studies, Geneva

Fred L. Morrison
University of Minnesota,
Minneapolis

Eibe H. Riedel
Universität Mannheim

Allan Rosas
Court of Justice of the European
Communities, Luxemburg

Bruno Simma
International Court of Justice,
The Hague

Daniel Thürer
Universität Zürich

Christian Tomuschat
Humboldt-Universität, Berlin

Rüdiger Wolfrum
Max-Planck-Institut für
ausländisches öffentliches Recht
und Völkerrecht, Heidelberg



© Ute Boeters, Kiel

Joel Miller

Weltinnenrecht

Liber amicorum Jost Delbrück

Herausgegeben von

Klaus Dicke, Stephan Hobe, Karl-Ulrich Meyn,
Anne Peters, Eibe Riedel, Hans-Joachim Schütz
und Christian Tietje



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

**Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten**

© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 1435-0491

ISBN 3-428-11497-3

**Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☞**

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Geleitwort der Herausgeber

Jost Delbrück zum 3. November 2005

Den meist weit in den „hohen Norden“ angereisten Teilnehmern der Kieler Völkerrechtssymposien hat Jost Delbrück gern mit einer sehr eigenen, verblüffenden Deutung von Zentrum und Peripherie das geographische Koordinatennetz verschoben. Kiel, so erklärte er, liege im Zentrum Europas, unbestreitbar auf halber Strecke zwischen Neapel und Spitzbergen. Diese Anekdote ist in mehrfacher Hinsicht aufschlussreich für Jost Delbrücks akademischen Habitus und für sein wissenschaftliches Werk. So haben die Symposien in aller Regel den heimkehrenden Teilnehmern die Einsicht mit auf den Weg gegeben, dass jenseits der kultivierten Fläche der so genannten herrschenden Meinung noch weite Gebiete darauf harren, in rechtswissenschaftliches Kulturland verwandelt zu werden. Jost Delbrück war und ist bis heute der Erste, wenn es darum ging und geht, den Pflug ein Stück weiter zu ziehen, und so hat er in der Tat in der akademischen Lehre, in den intensiven Gesprächen mit seinen Schülern und in so manchem Aufsatz Koordinatennetze verschoben und damit Perspektiven auf kaum bekanntes, aber reiches Neuland eröffnet. Am trefflichsten passt die Anekdote zu der Tatsache, dass er nach erfolgreichem Rektorat in die Wissenschaft zurückkehrte und nun – das persönliche geographische Koordinatennetz war zwischen Kiel und Bloomington neu justiert – ein weiteres Thema fand und zu bearbeiten begann, für dessen Erschließung er der Zunft Kompass und Landkarten liefert: Globalisierung und Weltinnenrecht.

Die Bausteine dieser Leistung können hier nicht im Einzelnen gewürdigt werden; die öffentlich Sichtbaren sind in der Bibliographie verzeichnet. Doch das Fundament bedarf kurzer Erwähnung: Jost Delbrück hat sich Tradition und Geist des Kieler Walther-Schücking-Instituts zu Eigen gemacht, er lebt und lehrt sie. Die Beharrlichkeit und Energie, mit der Schücking im Staatsrecht nur die halbe Strecke zurückgelegt sah und sich dem Bau des Völkerrechts als notwendiger Ergänzung und Vollendung des Rechts widmete; die nüchterne Präzision, mit der Eberhard Menzel 1969 in einem langen Aufsatz zeigte, dass und wie sich die Grenzen zwischen nationaler und internationaler Verwaltung verschoben haben; die Weite des historischen Blicks, die Gründlichkeit in der Bearbeitung und das Zusammenschweißen akademischer Teams, welche die „Friedensdokumente aus fünf Jahrhunderten“ haben entstehen lassen; nicht zu vergessen „der Dahm“, und schließlich die Qualifikationsschriften, die „am Institut“ entstanden sind – jede von Delbrücks Schriften lässt erkennen, dass all dies mitschreibt.

Die hier vorgelegte Festschrift der Freunde, Wegbegleiter und Kollegen Jost Delbrücks steht aus zwei Gründen unter dem Titel „Weltinnenrecht“: Erstens soll

mit diesem Begriff, für den Jost Delbrück nicht nur die Urheberschaft, sondern auch seine Etablierung als Kategorie beanspruchen kann, das Bemühen des Jubilars gewürdigt werden, die Konstitutionalisierung des Völkerrechts in zahlreichen Aspekten der Internationalisierung *und* der Globalisierung geistig durchdrungen und auf den Begriff gebracht zu haben. Zweitens möchten Herausgeber und Autoren mit diesem Titel zum Ausdruck bringen, dass sie Jost Delbrück das Aufzeigen neuer Perspektiven verdanken und in diesem Sinne in ihrem Beitrag ein Stück weit gemeinsam den Weg über Kiel hinaus mit ihm gehen.

Jost Delbrück wurde am 3. November 1935 in Pyritz/Pommern geboren. Den größten Teil seiner Schulzeit verbrachte er in Kiel, wo er 1955 auf der Kieler Gelehrtenschule das Abitur ablegte. Das anschließende Studium der Rechtswissenschaften und der politischen Wissenschaft absolvierte er in Kiel (1955), Marburg (1955/56) und Tübingen (1956/1957), bevor er dann im Sommersemester 1957 wieder nach Kiel zurückkehrte. Dort legte er am 22. Dezember 1958 das Referendarexamen vor dem Justizprüfungsamt des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts ab. Den anschließenden Juristischen Vorbereitungsdienst trat Jost Delbrück am 2. Februar 1959 an. Schon nach einem halben Jahr unterbrach er das Referendariat jedoch, um von August 1959 bis Juli 1960 als Stipendiat der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel an der Indiana University, Bloomington/Indiana an der dortigen School of Law und dem Department of Government zu studieren. Das Studium an der Indiana University, aus dem eine bis heute reichende enge Verbundenheit erwachsen sollte, schloss er mit dem Grad eines Master of Laws (LL.M.) ab. Nach der Ablegung der Großen Juristischen Staatsprüfung vor dem Gemeinsamen Justizprüfungsamt der Länder Schleswig-Holstein, Bremen und Hamburg am 16. August 1963 zog es Jost Delbrück dann wieder an die Indiana University. Als Research Fellow verbrachte er dort das akademische Jahr 1963/64.

Der wissenschaftliche Werdegang von Jost Delbrück in Kiel ist zunächst von seiner Dissertation „Die Entwicklung des Verhältnisses von Sicherheitsrat und Vollversammlung der Vereinten Nationen“, die von Georg Dahm betreut und mit der Promotion am 29. Juni 1963 erfolgreich abgeschlossen wurde, gekennzeichnet. Schon während seiner Zeit als Doktorand hat Jost Delbrück im Jahre 1962 als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel gearbeitet. Es war daher nur konsequent, dass er dort unter der Betreuung von Eberhard Menzel von 1964 bis 1971 auch als wissenschaftlicher Assistent tätig war. Mit der Schrift „Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen“ habilitierte er sich am 9. Januar 1971 in Kiel. Nach Lehrstuhlvertretungen in Hamburg erfolgte dann zum Sommersemester 1972 die Berufung auf den Lehrstuhl für Politische Wissenschaften und Allgemeine Staatslehre an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität in Göttingen. Am 24. Oktober 1972 wurde Jost Delbrück dort zum ordentlichen Professor ernannt und zum Direktor des Instituts für Politische Wissenschaften und Allgemeine Staatslehre bestellt. Die Zeit in Göttingen sollte jedoch kurz bleiben. Schon zum 1. Oktober 1976 erfolgte die Berufung auf den Lehrstuhl für Staats-

recht, Völkerrecht und Allgemeine Staatslehre an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und die Ernennung zum Direktor des dortigen Instituts für Internationales Recht. Der Christian-Albrechts-Universität und dem heutigen Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht blieb Jost Delbrück bis zu seiner Emeritierung im Wintersemester 2000/2001 und darüber hinaus bis heute treu. Nur im akademischen Jahr 1981/1982 erfolgte eine Unterbrechung der Kieler Zeit als Visiting Professor an der Harvard Law School.

Jost Delbrück hat zahlreiche Ämter in der akademischen Selbstverwaltung sowie in wissenschaftlichen, juristischen und gesellschaftlichen Institutionen bekleidet. Er war von 1973 bis 1981 (ab 1975 als Vorsitzender) Mitglied der Förderkommission der Deutschen Gesellschaft für Friedens- und Konfliktforschung, von 1976 bis 1991 Mitglied des deutsch-polnischen Juristenkolloquiums, 1977 bis 1985 Mitglied der Kommission für Grundsatz- und Hochschulgesetzfragen der CAU, 1978 bis 1980 Ausbilder für Attachés des Auswärtigen Dienstes, 1978 bis 1982 Mitglied der Human Rights Advisory Group des World Council of Churches, 1978 bis 1990 neben seinem Amt als Hochschullehrer Richter am OVG Lüneburg, 1979 bis 1981 Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der CAU, 1980 bis 1984 Vorsitzender der deutschen Arbeitsgruppe der Commission of Churches for International Affairs, 1983 bis 1985 Mitglied des Zentralen Haushalts- und Planungsausschusses der CAU, 1984 Delegierter des Bundesrepublik Deutschland im UNESCO-Menschenrechtsausschuss, 1984 bis 1988 Mitglied der Senatskommission der DFG für Friedens- und Konfliktforschung, 1985 bis 1989 Mitglied der Versammlung der Landesrundfunkanstalt Schleswig-Holstein als Vertreter der Hochschulen des Landes, 1985 bis 1989 *ex officio* Mitglied und Vorsitzender des Kulturausschusses der Landeshauptstadt Kiel, 1992 bis 1996 Mitglied des Senates der CAU und 1992 bis 1997 Mitglied der Kammer für öffentliche Verantwortung der Evangelischen Kirche Deutschlands. Von besonderer Bedeutung sind die Ämter als Mitglied des Internationalen Schiedshofes in Den Haag, welche Jost Delbrück seit 1985 wahrnimmt, das des Präsidenten (ab 1. Mai 1987 Rektor) der Christian-Albrechts-Universität von 1985 bis 1989 sowie als Vorsitzender der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht von Juni 1997 bis März 2001.

Jost Delbrück hat für sein umfangreiches wissenschaftliches und akademisches Wirken mehrfach Ehrungen erfahren. Am 26. Januar 1998 wurde er zum Ehrensenator der Christian-Albrechts-Universität ernannt, am 4. Mai 2002 wurde ihm die Ehrendoktorwürde der Indiana University (LL.D. h. c.) und am 27. November 2002 die Ehrendoktorwürde (Dr. rer. pol. h. c.) der Fakultät für Geistes-, Sozial- und Erziehungswissenschaften der Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg verliehen.

Die Herausgeber sind allen Autorinnen und Autoren sehr dankbar für ihre Bereitschaft, als Ausdruck akademischer Wegbegleitung an dieser Festschrift mitzuwirken. Für vielfältige technische Dienste sind sie den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern an den Lehrstühlen in Basel, Halle, Jena und Köln zu großem Dank verpflichtet. Rotraut Wolf hat in ihrer über Jahrzehnte bewährten Manier die Her-

stellung der Druckvorlage übernommen; Dr. Ursula Heinz hat den Festakt zur Übergabe dieser Festschrift am 5. November 2005 in Kiel umsichtig und effektiv wie je koordiniert. Den Herausgebern wurden so die Kieler Wurzeln nachhaltig in Erinnerung gebracht. Dafür ebenso unseren ganz herzlichen Dank wie für die Gewährung eines Zuschusses zur Drucklegung dieser Festschrift durch die Gesellschaft zur Förderung der Forschung und Lehre am Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel e. V. Ein besonderer Dank gilt schließlich dem Verlag Duncker & Humblot und namentlich Herrn Simon, dem es eine Selbstverständlichkeit war, die verlegerische Betreuung der Festschrift für Jost Delbrück zu übernehmen.

Basel/Halle/Jena/Köln/Mannheim/
Rostock am 3. November 2005

Die Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

Alfred C. Aman, Jr.

- Globalization as Denationalization: Pluralism, Democracy Deficits in the U. S. and the Need to Extend the Province of Administrative Law 13

Wolfgang Benedek

- Der Beitrag des Konzeptes der menschlichen Sicherheit zur Friedenssicherung. 25

Rudolf Bernhardt

- Der völkerrechtliche Schutz der Menschenrechte: Texte, Institutionen, Realitäten 37

Ulrich Beyerlin

- Nachhaltige Nutzung natürlicher Ressourcen und Menschenrechtsschutz 47

Michael Bothe

- Töten und getötet werden – Kombattanten, Kämpfer und Zivilisten im bewaffneten Konflikt 67

Thomas Bruha and Christian J. Tams

- Self-Defence Against Terrorist Attacks. Considerations in the Light of the ICJ's "Israeli Wall" Opinion 85

Lucius Caflisch

- Neues zur Formulierung und Umsetzung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte 101

Axel Frhr. von Campenhausen

- Zur Änderung von Werken der Baukunst und der bildenden Künste zum gottesdienstlichen Gebrauch 113

Kenneth G. Dau-Schmidt and Carmen L. Brun

- Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe 131

Klaus Dicke

- Die Ideengeschichte des Friedens in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts . . . 147

Karl Doehring

- Rassendiskriminierung und Einbürgerung 159

Roger B. Dworkin

- Anything New Under the Sun? Trying to Design a New Legal Institution to Deal with Biomedical Advance 165

Tono Eitel

- Beutekunst – Die letzten deutschen Kriegsgefangenen 191

Wilfried Fiedler

- Das „Potsdamer Abkommen“ und die Reform der Völkerrechtsordnung. Die Erklärungen der Westmächte vom 14. und 16. Februar 1996 215

Erhard Forndran

- Terrorismus und Friedenssicherung: Einige Anmerkungen zu den Handlungsoptionen der Akteure 235

Thomas M. Franck

- The International Judge and the Principled Imperative 267

Jochen Abr. Frowein

- Die traurigen Missverständnisse. Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte 279

Volkmar Götz

- Ratsbeschlüsse mit qualifizierter Mehrheit zwischen 1995 und 2009 289

Eugen D. Graue

- Machiavelli – Vor 500 Jahren entstand „Il Principe“ 301

Gerhard Hafner

- The Rule of Law and International Organizations 307

Kay Hailbronner

- Arbeitsmarktzugang und Anspruch auf soziale Leistungen im europäischen Ausländerrecht 315

Stephan Hobe

- Was bleibt vom gemeinsamen Erbe der Menschheit? 329

Rainer Hofmann

- Protecting Minority Rights in Kosovo: The Agreement of 23 August 2004 between the Council of Europe and UNMIK on Technical Arrangements Related to the Framework Convention for the Protection of National Minorities 347

Knut Ipsen

- Legitime Gewaltanwendung neben dem Völkerrecht? 371

Eckart Klein

- Wesensgehalt von Menschenrechten – Eine Studie zur Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte 385

Doris König

- Die Durchsetzung internationaler Menschenrechte. Neuere Entwicklungen am Beispiel des Übereinkommens der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau 401

Siegfried Magiera

- Der Rechtsstatus der Unionsbürger 429

Franz Matscher

- Über die Grenzen des Rechts – Bemerkungen zu aktuellen Anlässen 453

Fred L. Morrison

- No Left Turn: Two Approaches to International Law 461

Hanspeter Neuhold

- Terminological Ambiguity in the Field of International Security: Legal and Political Aspects 473

Georg Nolte

- Practice of the UN Security Council with Respect to Humanitarian Law 487

Karin Oellers-Frahm

- The International Court of Justice and Article 51 of the UN Charter 503

Thomas Oppermann

- Valéry Giscard d'Estaing – Vater der Europäischen Verfassung 519

Anne Peters

- Global Constitutionalism in a Nutshell 535

Dietrich Rauschning

- Umfang und Grenzen des Menschenrechtsschutzes durch die Human Rights Chamber für Bosnien-Herzegowina 551

Trutz Rendtorff

- Religionsfreiheit als Ursprung der Menschenrechte. Beobachtungen zum „religiösen“ Status der Universal Human Rights 571

Eibe Riedel

- The Human Right to Water 585

Walter Rudolf

- Großer Lauschangriff zur Abwehr drohender Gefahren 607

Edzard Schmidt-Jortzig

- Zur Europatauglichkeit des Grundgesetzes zwölf Jahre nach Maastricht. Bewährung oder Reformbedürftigkeit der Europavorschriften in der deutschen Verfassung 621

Christoph Schreuer und Christina Binder

- Das Verhältnis von Generalversammlung und Sicherheitsrat in Friedenssicherungsangelegenheiten 639

Dieter Senghaas

- Über die Kultur des Friedens 665

Eva Senghaas-Knobloch

- Weltweit menschenwürdige Arbeit als Voraussetzung für dauerhaften Weltfrieden. Der weltpolitische Auftrag der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) unter Bedingungen der Globalisierung 677

Kurt Siehr

- Kulturgüter in Friedens- und Freundschaftsverträgen 695

Christian Starck

- Allgemeine Staatslehre in Zeiten der Europäischen Union 711

Torsten Stein

- Proportionality Revisited – Überlegungen zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im internationalen Recht 727

Peter-Tobias Stoll

Der Zugang zu Medizin – soziale Menschenrechte und Welthandelsordnung . . 739

Daniel Thürer and Malcolm MacLaren

“Ius Post Bellum” in Iraq: A Challenge to the Applicability and Relevance of
International Humanitarian Law? 753

Christian Tietje

Internationales Wirtschaftsrecht und Recht auf Entwicklung als Elemente einer
konstitutionalisierten globalen Friedensordnung 783

Christian Tomuschat

An Optional Protocol for the International Covenant on Economic, Social and
Cultural Rights? 815

Detlev F. Vagts

American International Law: A Sonderweg? 835

Wolfgang Graf Vitzthum

Die herausgeforderte Einheit der Völkerrechtsordnung 849

Rüdiger Wolfrum

Der Kampf gegen eine Verbreitung von Massenvernichtungswaffen: Eine neue
Rolle für den Sicherheitsrat 865

Gerda Zellentin

Zivile Konfliktbearbeitung – ein Novum deutscher Außen- und Sicherheitspolitik 877

Karl Zemanek

Für mehr Offenheit und Realismus in der Völkerrechtslehre. 895

Andreas Zimmermann

Uniting-for-Peace und Gutachtenanfragen der Generalversammlung – Anmerkun-
gen aus Anlaß des Gutachtens des Internationalen Gerichtshofes zur Zulässigkeit
des Sicherheitszaunes zwischen Israel und den palästinensischen Gebieten . . . 909

Verzeichnis der Veröffentlichungen von Jost Delbrück 927

Autorenverzeichnis 942

Globalization as Denationalization: Pluralism, Democracy Deficits in the U. S. and the Need to Extend the Province of Administrative Law

By Alfred C. Aman, Jr.

I. Introduction

Jost Delbrück's contributions to the burgeoning literatures dealing with globalization have been profound, extensive and enormously helpful to scholars.¹ His analytical approach to globalization has helped to open up new perspectives for international law and domestic law scholars, as well as for social scientists engaged with law. The scale of his impact is due in part to the range of reference that informs his own understanding of the complex character of globalization as a process of denationalization. As Professor Delbrück has argued: "Globalization may be defined as the process of denationalization of markets, laws, and politics in the sense of interlacing peoples and individuals for the sake of the common good."² Indeed, his focus on globalization as denationalization has helped shift our scholarly focus away from traditional state centric analyses of globalization to the policy and legal implications of the horizontal relationships that have and are developing between states and non-state actors. But there is, in his work, another level of analysis, one that is deeply inspiring as well as analytically helpful. It is his belief in the capacity of law to make this a better world. Globalization, he argues, is also "a normative concept since it is related to a value judgment, i.e., that the common good is to be served by measures that are to be subsumed under the notion of globalization."³ Globalization is about more than markets and states

¹ In the *Indiana Journal of Global Legal Studies* alone, see, *Globalization of Law, Politics and Markets – Implications for Domestic Law: A European Perspective*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 1 (1993), 9 ff.; *Delbrück*, *Global Migration-Immigration-Multiethnicity: Challenges to the Concept of the Nation-State*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 2 (1994), 45 ff.; *Delbrück*, *The Role of the United Nations in Dealing With Global Problems*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 4 (1997), 277 ff.; *Delbrück*, *Prospects for a "World (Internal) Law?"*: Legal Developments in a Changing International System, *Ind. J. Global Legal Stud.* 9 (2001), 401 ff.; *Delbrück*, *Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 10 (2003), 29 ff.; *Delbrück*, *Transnational Federalism: Problems and Prospects of Allocating Public Authority Beyond the State*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 11 (2004), 31 ff..

² *Delbrück*, *Globalization of Law, Politics and Markets – Implications for Domestic Law: A European Perspective* (note 1), 9.

³ *Delbrück* (note 2), 10–11.

and its understanding requires more than the traditional state centric approaches to international and domestic law. Fundamentally, it is about the adaptation of the rule of law to a new world for the purpose of preserving the fundamentally human values that the law protects. These include not only fundamental human rights but also a democratic approach to the resolution of complex political, social and economic problems. Indeed, Professor Delbrück's approach and scholarship challenge us to put a human face on globalization and its processes by taking into account the impact that globalization can have on our most cherished values. The paper that follows takes up this challenge in the context of Administrative Law and our need to preserve a democratically vibrant political life in our societies.

Administrative Law has an important role to play when it comes to providing democratic forums for deliberation and decision making on a wide range of issues. In this paper, I will argue that domestic administrative law potentially offers means for addressing the "democracy deficit" associated with globalization. The prominent law making role of international organizations such as the WTO, regional organizations such as the EU, privatization and the increasing use of markets and market actors to carry out public functions at all levels of government, requires that we broaden considerably the province of Administrative Law, so as to include various public/private partnerships as well as international /regional contexts.

Administrative law in the U.S. has been conceptualized in essentially a state centric fashion – as a bridge between the market and the state. These two realms – markets and states – have traditionally stood for very different worlds, signaling binary approaches to obligations and constraints.⁴ Markets are said to stand for private ordering as opposed to state regulation; free markets as opposed to government bureaucracies.⁵ An important constitutionally based version of the public/private distinction derives from these differences. The state action doctrine is based on the explicit text of the U.S. Constitution imposing various restrictions on the exercise of state power: "Congress shall make no law ...";⁶ nor shall "any state ... deprive any person of life, liberty, or property without due process."⁷ American administrative law has followed these broad constitutional outlines. It was created primarily for public bodies.⁸ Private actors and federal corporations have always played an important role in the regulatory process, but the resort to the market in terms of regulatory approaches and structures, has become increasingly common and is now very much a part of the regulatory landscape.

Privatization and various forms of private ordering, in general, have become more and more common as reforms, as we move from a focus on government to a

⁴ *Sassen*, *The Mobility of Labor and Capital*, 1988.

⁵ *Friedman*, *Capitalism and Freedom*, 1962.

⁶ U.S. Const. 1st Amend.

⁷ U.S. Const. 14th Amend.

⁸ See notes 6 and 7 *supra*.

study of new conceptualizations of the processes of governance.⁹ Privatization in the United States usually takes the form of giving over to the market the provision of services once provided by government.¹⁰ For example, prisons, welfare, mental health facilities and social services for the poor in general have all been subjected to the *reform* of privatization.¹¹ The political decision to move a service or governmental responsibility from the public side of the ledger to the private side is consequential. It is, in effect, a decision to delegate governmental responsibilities to the market¹² – or, in some instances, a claim that the regulatory activities involved were not appropriate for governmental action in the first instance.¹³ Privatization subjects the activity in question to the forces of the market while freeing it from the various forms of regulation – both substantive and procedural – that apply to public bodies. This does not mean that no law applies; the common law and certain statutory laws may apply.¹⁴ Nevertheless, privatization of an industry or a social service usually means the Administrative Procedures Act (APA)¹⁵ does not apply, nor the Freedom of Information Act (FOIA).¹⁶ More important, market incentives and the profit motive may too easily be substituted for the public interest as well as for primary markers of programmatic success.¹⁷ There may be a partial convergence of market and public interest goals, as private actors strive to

⁹ See, *Salamon* (ed.), *The Tools of Governance*, 2002.

¹⁰ *Freeman*, *The Private Role in Public Governance*, NYUL. Rev. 75 (2000), 543 ff.. For a discussion of some of the differences between privatization in Europe and the U.S., see *Majone*, *Paradoxes of Privatization and Deregulation*, *Journal of European Public Policy* 4 (1994), 53 ff.

¹¹ *Wald*, *Looking Forward to the New Millenium: Social Previews To Legal Change*, *Temple L. Rev.* 70 (1997), 1085 ff.

¹² See *Developments in the Law: The Law of Prisons III. A Tale of Two Systems: Cost, Quality and Accountability in Private Prisons*, 115 *Harv. L. Rev.* 1868 (2002).

¹³ See, e.g., *Ericson et al.*, *The Political Economy of Crude Oil Price Controls*, *Nat. Resources J.* 18 (1978); 787 ff.; *Pierce*, *Reconsidering the Roles of Regulation and Competition in the Natural Gas Industry*, *Harv. L. Rev.* 97 (1983), 345 ff.

¹⁴ See, e.g., *McKnight v. Richardson*, 117 S. Ct. 2100 (1997).

¹⁵ The APA is a generic procedural statute passed in 1946 and intended to apply to many if not most the federal agencies at that time. It set forth the basics as far as administrative procedure is concerned. It is premised on the idea that there are fundamental qualities that comprise what administrative adjudication or rulemaking should look like, no matter what the substantive issue may be or what agency may be involved. The Act has been supplanted by a variety of new substantive statutes in various specific areas, such as the environment, but I am using it primarily as a short hand way of referencing the fundamental values of administrative law – transparency, public participation, notice, a right to be heard, etc. Many of its procedural approaches remain highly relevant today, but many were also devised with essentially a New Deal conception of regulation involved. I do not argue that all of the Act's details remain relevant today, but rather that its core values and goals do and should persist.

¹⁶ Like the APA, FOIA applies only to “state agencies”.

¹⁷ For a discussion of some of the conflict of interest concerns a merger of profit oriented approaches with public interest goals, see *infra* at notes 65–68; see also *Aman*, *Fordham Urban Law Journal* 28, 477 (481–482) (discussing legitimate and illegitimate forms of global currency).