

## Le principe de légalité en droit administratif anglais

### Un concept « flou » face aux transformations de l'action administrative

Yseult Marique<sup>1</sup>

À l'automne 2021, le deuxième emploi d'Owen Paterson a agité le monde politique britannique : ce parlementaire s'est vu infliger une suspension de trente jours par le *Commissioner for Parliamentary Standards*. Pour sauver son ami de cette disgrâce (et, disent les mauvaises langues, se prémunir d'une possible sanction par la même institution dans un futur proche), le Premier ministre britannique, Boris Johnson, a fait voter une modification de la législation visant à réorganiser l'organe de contrôle de la déontologie des parlementaires. Au vu des réactions politiques et médiatiques engendrées par cette modification, le Premier ministre a dû faire volte-face et renoncer à cette modification, et ce dès le lendemain de son adoption<sup>2</sup>. Le gouvernement de Boris Johnson accumule ainsi les exemples de comportements relativement cavaliers par rapport à la légalité, que ce soit au niveau du respect du droit international ou encore de la réglementation relative aux marchés publics dans le cadre de la lutte contre la Covid-19. Les relations entre politique et droit apparaissent ainsi floues à la lecture des médias anglais. Cette impression se confirme au terme d'une analyse juridique.

Dans l'index à la quatrième édition de leur ouvrage de référence *Law and Administration*, paru en 2021, Carol Harlow et Richard Rawlings renvoient le verbe *legality* à trois termes connexes : *judicial review*, *juridification* et *rule of law*, reléguant ainsi ce verbe quantitativement bien loin derrière Brexit (neuf entrées), *contract* (trente-sept entrées) ou *judicial review* (soixante-cinq entrées). Néanmoins le principe de légalité commence à recevoir plus d'attention académique qu'autrefois, en particulier en raison des transformations continues que subit l'action administrative anglaise. Il n'est plus question pour l'État de contrôler la direction de l'économie par sa seule participation dans les secteurs stratégiques de celle-ci, pas plus qu'il ne lui est possible de résoudre les questions sociales uniquement par le politique en raison d'une fragmentation territoriale importante au sein de l'Angleterre, avec des disparités socio-économiques grandissantes entre Londres et le reste du pays. En l'absence d'outils économiques ou de solutions politiques pour organiser les priorités et les compromis sociaux, la légalité se révèle une piste séduisante, du moins de manière subsidiaire. De plus, la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne implique également que le Royaume-Uni doit réglementer les secteurs qui entraient auparavant dans les compétences de l'Union européenne. La solution concrète apportée à ce problème est le recours extensif à la législation déléguée<sup>3</sup>. Néanmoins, la notion de légalité ne fait pas actuellement l'objet d'un consensus stabilisé, comme le révèle Paul Craig lorsqu'il pointe que dix auteurs différents invités à écrire sur ce sujet produiraient chacun des articles très différents<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> University of Essex, Senior Lecturer; FÖV Speyer, Research Fellow.

<sup>2</sup> H. Stewart, R. Booth et A. Allegritti, « Tories Engulfed in Sleaze Crisis after U-turn and Owen Paterson Resignation », *The Guardian*, 4 novembre 2021 (disponible sur : <https://www.theguardian.com/politics/2021/nov/04/tories-engulfed-in-sleaze-crisis-after-u-turn-and-owen-paterson-resignation>, consulté le 30 novembre 2021).

<sup>3</sup> S. Pywell, « Something Old, Something New: Busting Some Myths about Statutory Instruments and Brexit », *Public Law* 2019, pp. 102-120.

<sup>4</sup> P. Craig, « Legality: Six Views of the Cathedral » in P. Cane, H. Hofmann, E. Ip et P. Lindseth (dir.) *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford University Press, 2020, pp. 881-899 (p. 881).

La doctrine anglaise a traditionnellement construit le droit administratif par rapport au contrôle juridictionnel de l'action administrative, le *judicial review*, laissant l'analyse de l'action administrative largement inarticulée<sup>5</sup>. Robert Thomas, Professeur à l'université de Manchester, cherche à rompre avec cette approche pour proposer d'accorder plus d'attention au processus administratif avec un accent mis sur l'action administrative et non plus seulement son contrôle<sup>6</sup>. En effet, 90% des décisions administratives anglaises échappent à tout contrôle juridictionnel. Ces discussions en droit administratif anglais sont nourries par des échanges académiques étrangers, de telle sorte que l'on pourrait s'aventurer à dire que l'on est en présence de la circulation d'un principe fondamentalement développé « ailleurs », même si les préoccupations qui le sous-tendent ne sont pas étrangères à la notion indigène de *rule of law*, en particulier dans son approche formelle<sup>7</sup>. Ces échanges avec l'étranger ne sont pas essentiellement enrichies par des discussions avec des administrativistes européens, mais plutôt avec des administrativistes de la Common Law<sup>8</sup> (en particulier des auteurs basés en Australie<sup>9</sup>, Canada<sup>10</sup>, États-Unis<sup>11</sup>, et Israël<sup>12</sup> ou des auteurs qui ont été éduqués ou actifs dans ces pays<sup>13</sup>),<sup>14</sup> s'inscrivant ainsi dans une tradition ancienne<sup>15</sup>. L'importance de cette influence étrangère sur le principe de légalité en droit administratif anglais ne doit pas être sous-estimée. Traditionnellement, la constitution anglaise est vue d'abord comme une constitution politique (dont le contrôle est essentiellement assuré par des organes de nature politique – en particulier le Parlement) avant d'être une constitution juridique (dont le contrôle est essentiellement assuré par des organes de nature juridictionnelle). S'il y a une formalisation de la constitution britannique depuis une quarantaine d'années, le débat entre les partisans de la vision politique et ceux de la vision juridique continue<sup>16</sup>. La possible structuration du droit administratif autour d'un principe de légalité est donc un processus qui soulève d'importantes questions idéologiques et politiques sur la nature du système juridique anglais.

<sup>5</sup> J. Bell, « Comparative Administrative Law » in M. Reimann et R. Zimmermann (dir.) *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2019, 2<sup>ème</sup> éd., pp. 1252-1273. Cette généralisation doit être nuancée car il existe des exceptions, comme les écrits de Sir Jennings (*The British Constitution*, Cambridge University Press, 1966, 5<sup>ème</sup> éd., pp. 139-147), G. Ganz (*Quasi-legislation: Recent Developments in Secondary Legislation*, Sweet & Maxwell, 1987, 2<sup>ème</sup> éd.) ou plus récemment les ouvrages d'Harlow et Rawlings, mais leur caractère d'exception ne saurait être trop souligné.

<sup>6</sup> R. Thomas, « Administrative Justice, Better Decisions and Organisational Learning », *Public Law* 2015, pp. 111-131.

<sup>7</sup> Y. Marique, « Rule of Law and Administrative Justice » in J. Tomlinson, R. Thomas, M. Hertogh, et R. Kirkham (dir.) *Oxford Handbook of Administrative Justice*, Oxford University Press (à paraître) ; G. Napolitano, « Rule of Law » in P. Cane, H. Hofmann, E. Ip et P. Lindseth (dir.) *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford University Press, 2020, pp. 421-442.

<sup>8</sup> Voy. les conférences bi-annuelles de *Public Law* organisées respectivement à Cambridge (2014 et 2016), Melbourne (2018) et Ottawa (2020, annulée en raison de la pandémie).

<sup>9</sup> J. Varuhuas, *Key Ideas in Administrative Law*, Hart, 2021.

<sup>10</sup> P. Daly, *Understanding Administrative Law in the Common Law World*, Oxford University Press, 2021.

<sup>11</sup> Par ex., E. Fisher et S. Shapiro, *Administrative Competence – Reimagining Administrative Law*, Cambridge University Press, 2020. E. Fisher, Professeur à Oxford, a un BA/LLB de l'Université de New South Wales et S. Shapiro est Professeur à Wake Forest Law.

<sup>12</sup> M. Cohn, *A Theory of the Executive Branch – Tensions and Legality*, Oxford University Press, 2021.

<sup>13</sup> Pour l'Australie : P. Cane ; pour le Canada : J. King.

<sup>14</sup> Sur l'ouverture non pas des académiques mais de la jurisprudence de la Cour Suprême aux échanges avec les pays de la *Common Law*, voy. not. H. Tyrell, *Human Rights in the UK and the Influence of Foreign Jurisprudence*, Hart, 2018 ; S. Boyon et Y. Marique, « Proportionality in English Administrative Law: Resistance and Strategy in Relational Dynamics », *REALaw* 2021 (14 :1), pp. 65-93.

<sup>15</sup> Par ex., P. Craig, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford, Clarendon 1990. La comparaison entre les systèmes de la *Common Law* se retrouve en particulier dans P. Cane, *Controlling Administrative Power – An Historical Comparison*, Cambridge University Press, 2016.

<sup>16</sup> Pour une réflexion relative en particulier au légalisme, voy. Lord Sales, « Legalism in Constitutional Law: Judging in a Democracy », *Public Law* 2018, pp. 687-707.

S'il existe de larges incertitudes tant présentes que futures sur le principe de légalité en droit administratif anglais, une observation de nature quasiment empirique du système administratif anglais permet d'identifier deux grandes caractéristiques de ce principe. D'une part, la légalité offre un point d'ancrage et un encadrement souple à l'action administrative (I.). D'autre part, lorsque légalité il y a, elle est tiraillée entre modes souples et durs d'action administrative et contrôles démultipliés (II.). Ces tendances contradictoires peuvent être ramenées à la formation organique et essentiellement empirique du droit administratif anglais<sup>17</sup>, étroitement liée à la stratification des missions constamment changeantes de l'administration depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

## **I. La légalité : un cadre souple de l'action administrative**

Classiquement, le fonctionnement de l'administration anglaise s'inscrit dans le respect de la *rule of law*. La manière dont la légalité opère comme encadrement de l'action administrative doit être distinguée au niveau des bases juridiques de l'administration (A.) et de ses interventions (B.). Dans les deux cas, le droit opère à l'arrière-plan, offrant un point d'ancrage à une progressive formalisation de l'action administrative, mais présentant une faible différenciation normative.

### **A. La « juridification »<sup>18</sup> des bases juridiques de l'administration**

L'administration anglaise repose sur une faible assise législative, de surcroît récente – le *Constitutional Reform and Governance Act 2010* –, et ce en dépit du rapport Northcote-Trevelyan qui dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle préconisait l'adoption d'une base législative. Les autorités de régulation et les agences indépendantes sont établies sur le fondement d'un acte du parlement qui leur confère des pouvoirs de manière spécifique. Elles ne font l'objet d'une législation générale que de manière négative, qui détaille les conditions pour les abolir ou les fusionner<sup>19</sup>. De manière générale, les lois habilitant des pouvoirs publics sont formulées de manière large, permettant une marge de manœuvre dans l'application de ces pouvoirs notamment parce que des objectifs potentiellement contradictoires peuvent être poursuivis par les pouvoirs publics<sup>20</sup>. Néanmoins, le système anglais n'admet qu'avec réticence les clauses générales de compétences. Ce n'est en effet qu'en 2011 que les pouvoirs locaux se virent reconnaître une telle clause générale<sup>21</sup>, qui n'est pas protégée constitutionnellement. Un projet de loi, fortement controversé<sup>22</sup>, est en cours de discussion à l'heure de l'écriture de ces lignes à propos d'une extension des pouvoirs de la police<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> Sir Jennings, *The British Constitution*, Cambridge University Press, 1966, 5<sup>ème</sup> éd., pp. 139-147.

<sup>18</sup> Cet anglicisme est emprunté à G. Teubner (directeur de *Juridification of Social Spheres - A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, De Gruyter, 1987) pour capturer l'augmentation des interventions du droit dans des sphères socio-économiques ou politiques où le droit était antérieurement absent.

<sup>19</sup> *Public Bodies Act 2011*.

<sup>20</sup> Phénomène reconnu depuis longtemps : T. Prosser, « Theorising Utility Regulation », *Modern Law Review* 1999 (62:2), pp. 196-217.

<sup>21</sup> *Localism Act 2011*, section 1.

<sup>22</sup> D. Mead, « “Yes, You Can... but Only if You're Quiet” » *Verfassungsblog* 17 mars 2021 (disponible sur <https://verfassungsblog.de/uk-silence-protest/> consulté le 26 novembre 2021).

<sup>23</sup> *Police, Crime, Sentencing and Courts Bill*. Add les documents produits par le gouvernement en soutien de ce projet, disponibles sur <https://www.gov.uk/government/publications/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-overarching-documents> (consulté le 26 novembre 2021).

Les relations entre les pouvoirs publics peuvent être partiellement réglées par la législation, s'agissant par exemple des actes portant sur la dévolution. Néanmoins, toute une série de mises en œuvre opérationnelle de l'administration est réglée par des actes informels, qu'ils soient appelés codes<sup>24</sup>, manuels<sup>25</sup>, concordats<sup>26</sup>, *memorandums of understanding* (régulant les relations interinstitutionnelles par exemple<sup>27</sup>), *gentlemen's agreements*, *guidance*<sup>28</sup>, *guidelines*<sup>29</sup>, plans<sup>30</sup>, conventions<sup>31</sup> ou encore « *covenants* »<sup>32</sup>.

Même si les théoriciens anglais semblent résignés à accepter que l'obéissance systématique de l'administration aux normes juridiques qui encadrent son activité est simplement impossible<sup>33</sup>, le *civil service* anglais a normalement pour mission de conseiller le gouvernement sur ses politiques, en particulier sur les aspects légaux<sup>34</sup>. Les statistiques relatives aux *civil servants* révèlent cependant que la majorité des fonctionnaires britanniques sont en charge de prestations opérationnelles (48%) et que seulement 3% d'entre eux occupent des fonctions juridiques<sup>35</sup>. Cette situation a des répercussions non seulement sur les grandes orientations législatives adoptées par le gouvernement, mais encore sur le fonctionnement quotidien de l'administration. Au niveau stratégique, la crise provoquée par la possible violation du UK-EU *Withdrawal Agreement* par le Royaume-Uni à l'été 2020 montre les pressions et les limites de ce devoir de conseil, voire un affaiblissement de la fonction traditionnelle du *civil service* face aux demandes politiques<sup>36</sup>. Au quotidien, deux techniques sont développées pour pallier le manque de compétences juridiques de l'administration. D'une

<sup>24</sup> Par ex.: UK Government, *Ministerial Code*, 2010 (<https://www.gov.uk/government/publications/ministerial-code>). Ce code n'a pas de base juridique (M. Gordon, « A Statutory Basis for the Ministerial Code - The Challenges », UK Const L Blog, 16 novembre 2021 (disponible sur <https://ukconstitutionallaw.org/>, consulté le 30 novembre 2021).

<sup>25</sup> UK Cabinet Office, *Cabinet Manual*, Londres, 2011.

<sup>26</sup> R. Rawlings, « Concordats of the Constitution », *Law Quarterly Review* 2000 (116), p. 257.

<sup>27</sup> R. Rawlings, « Soft Law Never Dies » in M. Elliott et D. Feldman (dir.) *The Cambridge Companion to Public Law*, Cambridge University Press, 2015, pp. 215-235, p. 223 et p. 228 ; *Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements Between the United Kingdom Government, the Scottish Ministers, the Welsh Ministers, and the Northern Ireland Executive Committee* (version actuelle 2013). Add : J. Poirier, « The Functions of Intergovernmental Agreements: Post-Devolution Concordats in a Comparative Perspective », *Public Law* 2001, pp. 34-57. A ces mémorandums entre les entités dévolues et Londres, il convient d'ajouter des mémorandums entre Londres et les grandes métropoles, connus notamment sous le nom de *city deals*.

<sup>28</sup> T. Hickman, *The Use and Misuse of Guidance during the UK's Coronavirus Lockdown*, 4 septembre 2020, disponible sur ssrn : <https://ssrn.com/abstract=3686857> ; T. Hickman, « The continuing misuse of guidance in response to the pandemic », *LSE blog*, 25 janvier 2001 (consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2021).

<sup>29</sup> Par ex.: HM Treasury, *Joint Ventures – A Guidance Note for Public Sector Bodies Forming Joint Ventures with the Private Sector*, 2010 ; HM Treasury, *Value for Money Assessment Guidance*, 2006.

<sup>30</sup> Par ex.: HM Treasury, *Build Back Better: Our Plan for Growth*, March 2021 CP 401 policy paper; HM Treasury et IUK, *National Infrastructure Plan 2010*.

<sup>31</sup> Les conventions n'ont pas nécessairement un *instrumentum* : elles peuvent être des déclarations ou des pratiques développées dans le temps.

<sup>32</sup> Home Secretary, *Consultation outcome – Police Covenant for England and Wales*, août 2021, disponible sur <https://www.gov.uk/government/consultations/police-covenant-for-england-and-wales/police-covenant-for-england-and-wales-accessible-version> (consulté le 26 novembre 2021).

<sup>33</sup> T. Endicott, « The Impossibility of the Rule of Law », *Oxford Journal of Legal Studies* 1999 (19:1), pp. 1-18.

<sup>34</sup> Cf. en particulier, le Government Legal Department (<https://www.gov.uk/government/organisations/civil-service-government-legal-service/about>). P. Lewis and L. Mulcahy, « Government Lawyers: Technicians, Policy Shapers and Organisational Brakes », *International Journal of the Legal Profession* 2021 (28:1), pp. 23-41.

<sup>35</sup> Cabinet Office, National Statistics, *Civil Service Statistics 2021*, 18 (disponible <https://www.gov.uk/government/statistics/civil-service-statistics-2021>).

<sup>36</sup> <https://www.instituteforgovernment.org.uk/blog/treasury-solicitor-resignation-rule-law> (consulté le 30 novembre 2021).

part, un guide *The Judge over Your Shoulder*<sup>37</sup> indique aux fonctionnaires les problèmes juridiques auxquels ils doivent être attentifs lors d'une prise de décision. D'autre part, le recours aux consultants et *think tanks* compense le manque de compétences en interne dans l'administration.

À l'exception des principes de nomination et d'avancement par le biais du concours,<sup>38</sup> les *civil servants* ne voient pas leur statut encadré de manière détaillée par la loi. Ils sont principalement tenus à des obligations déontologiques et des principes éthiques de conduite : intégrité, honnêteté, impartialité et objectivité.<sup>39</sup>

L'organisation de l'administration, son fonctionnement et ses procédures sont classiquement peu encadrés légalement. Mais une « juridification » des procédures administratives est en cours dans certains domaines comme la fiscalité, l'immigration ou encore la sécurité sociale où des recours administratifs internes obligatoires se développent. Le degré de complexité technique de ces procédures amène l'administration à suggérer aux administrés de se faire conseiller par des spécialistes de la matière. Ce système a été qualifié de légalisme caché (*hidden legalism*)<sup>40</sup>.

## B. Une grande indifférenciation de la normativité

Dans un système juridique kelsénien, le principe de légalité suppose l'existence d'une hiérarchie des normes claire et d'un ordonnancement juridique cohérent et complet : il implique en effet que la norme inférieure soit conforme à la norme supérieure. Il faudrait que l'administration soit consciente de cette hiérarchie des normes dans sa carte mentale et agisse en conformité avec elle. Le juge devrait également utiliser cette hiérarchie pour penser l'organisation de l'ordre juridique, s'y réfère dans ses raisonnements et considère le système juridique comme clos. Sans aller jusqu'à dire que cette présentation ne s'applique pas au système administratif anglais, il est important de noter trois particularités<sup>41</sup> qui rendent une telle approche insatisfaisante lorsqu'on étudie le système anglais.

Tout d'abord, il n'existe pas de normes ayant incontestablement une valeur constitutionnelle, qui seraient supérieures à la législation. Il existe une constitution non écrite et comprenant des éléments juridiques plus ou moins formalisés, mais le degré de différenciation des éléments constitutionnels par rapport à la législation ordinaire est faible. De plus, des procédures particulières pour réviser des lois qui auraient un contenu de valeur constitutionnelle font défaut. Même si une telle différenciation semblait en cours notamment<sup>42</sup>

<sup>37</sup> Government Legal Department, *The Judge over Your Shoulder — A Guide to Good Decision-Making*, 2018, 5<sup>ème</sup> éd.

<sup>38</sup> *Constitutional Reform and Governance Act* 2010, sections 10 et suiv.

<sup>39</sup> *Ibid.* section 7.

<sup>40</sup> K. Monsma et R. Lempert, « The Value of Counsel: 20 Years of Representation before a Public Housing Eviction Board », *Law & Society Review* 1992 (26), pp. 627-667 cité par D. Cowan, A. Dymond, S. Halliday et C. Hunter, « Reconsidering Mandatory Reconsideration », *Public Law* 2017, pp. 215-234. Add. R. Thomas et J. Tomlinson, « A Different Tale of Judicial Power: Administrative Review as a Problematic Response to the Judicialisation of Tribunals », *Public Law* 2019, pp. 537-562.

<sup>41</sup> Pour une analyse théorique systématique, voy. N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999.

<sup>42</sup> Mais pas uniquement, v. *R (Jackson) v Attorney-General* [2005] UKHL 56, [2006] 1 A.C. 262 ; M. Elliott, « United Kingdom Bicameralism, Sovereignty, and the Unwritten Constitution », *International Journal of Constitutional Law* 2007, pp. 370-379.

en raison de l'influence du droit européen sur le droit anglais<sup>43</sup>, le Brexit a mis en évidence des incertitudes, voire des contradictions, quant aux sources du droit anglais<sup>44</sup>. Les lois constitutionnelles sont l'un des éléments composant la constitution britannique, à côté d'autres éléments moins formalisés comme les événements, les conventions, les écrits académiques et les décisions de jurisprudence<sup>45</sup>.

Ensuite, il a été suggéré que face à l'expansion du recours problématique à la législation déléguée<sup>46</sup>, un ou plusieurs critères soient identifiés pour préciser les éléments que doivent contenir les lois d'habilitation<sup>47</sup>. Une telle approche pourrait contribuer à donner un contenu substantiel au principe de légalité, puisqu'elle réserverait certaines matières à l'intervention du législateur. Néanmoins, cette approche rencontre des difficultés, car, à présent, un consensus ne peut être trouvé entre le Parlement et les cours et tribunaux à propos d'un tel contenu réservé à la loi<sup>48</sup>.

Enfin, il n'y a pas de distinction conceptuelle en droit administratif anglais entre les normes de portée réglementaire et les normes de portée individuelle. Les deux types de normes existent, mais elles ne sont *a priori* pas soumises à un régime juridique distinct concernant leur procédure d'élaboration ou de recours juridictionnel, ce qui les laisse techniquement indifférenciées. Une norme individuelle doit respecter une norme générale, mais les mécanismes procéduraux de contestation d'une norme générale à la suite d'un litige se rapportant à l'application d'une norme individuelle rendent l'intérêt de la distinction limité. De plus, une *policy*, (c'est-à-dire une norme informelle), peut être contestée devant un juge largement de la même manière qu'une norme contraignante à portée générale<sup>49</sup>. L'administration est censée respecter la *policy*, sauf s'il existe de bonnes raisons pour elle d'y déroger. La violation d'une *policy* peut donner lieu à une violation d'attentes légitimes et le contenu de la *policy* ainsi s'imposer à son auteur<sup>50</sup>. De nouveau, cet aspect procédural induit que la distinction entre le droit formel et le droit informel peut avoir une pertinence limitée dans certains cas.

Ces caractéristiques de la normativité administrative anglaise se répercutent sur les rapports entretenus par les institutions, auteurs de ces normes. Ainsi, Margit Cohn considère que pour comprendre la branche exécutive, il convient de se départir d'une approche hiérarchique pour conceptualiser un système composé de réseaux et de tensions entre les

<sup>43</sup> T. Allan, « Case Comment – Law, Democracy, and Constitutionalism: Reflections on *Evans v. Attorney General* », *Cambridge Law Journal* 2016 (75:1), pp. 38-61.

<sup>44</sup> Pour une comparaison entre les affaires *Evans* et *Miller (1)*, M. Elliott, « The Supreme Court's Judgment in *Miller*: In Search of Constitutional Principle », *Cambridge Law Journal* 2017 (76:2), pp. 257-288. Add J. Bell, « La Cour suprême du Royaume-Uni et le Brexit », *RFDA* 2017, pp. 220-228.

<sup>45</sup> Y. Marique, « Une lecture belge du Brexit: droit et politique en Grande-Bretagne, une grande démocratie contemporaine » in T. Pasquier-Briand (dir.), *Mélanges offerts à Philippe Lauvaux*, Assas édition, 2021, pp. 654-690.

<sup>46</sup> S. Pywell, *op. cit.*, pp. 102-120.

<sup>47</sup> J. King, « The Province of Delegated Legislation » in E. Fisher, J. King et A. Young (dir.) *The Foundations and Future of Public Law: Essays in Honour of Paul Craig*, Oxford University Press, 2020, pp. 145-172.

<sup>48</sup> Lord Sales, « Law, Democracy, and the Absent Legislator » in E. Fisher, J. King et A. Young (dir.) *op. cit.*, pp. 193-206 (pp. 204-205).

<sup>49</sup> Sur un exemple de problèmes soulevés par une note dans le cadre des marchés publics passés pendant la Covid-19: K. Gough, J. Calvy et M. Oliver, « The Good Law Project's Legal Challenge to Information Transparency in the Pandemic: The Legal Status of Policy Documents, Standing of Civil Society and the Form of Relief », *PPLR* 2021 (4), NA100-NA106.

<sup>50</sup> J. Tomlinson, « The Narrow Approach to Substantive Legitimate Expectations and the Trend of Modern Authority », *Oxford University Commonwealth Law Journal* 2017 (17:1), pp. 75-84.

branches du gouvernement. De plus, elle considère que dans les tensions structurant les relations entre la légalité et le gouvernement, « *the executive branch is to be considered as concurrently subservient to law and dominant over it.* »<sup>51</sup> Elle introduit le concept de *fuzzy* légalité pour structurer les tensions entre l'exécutif et la légalité, ne dénombant pas moins de treize manifestations de cette dernière.<sup>52</sup> En effet, l'une des caractéristiques de la légalité dans l'administration anglaise n'est pas son absence, mais l'imbrication du formel et de l'informel, de manière tant statique que dynamique. L'action administrative anglaise se trouve tiraillée entre différentes expressions de la légalité et de multiples contrôles.

## II. Le tiraillement de la légalité comme centre de gravité de l'action administrative

L'administration anglaise est soumise au principe de la *rule of law*, comprenant le respect de la loi, de la *royal prerogative*<sup>53</sup> et de la *common law*<sup>54</sup>. Néanmoins ces cinquante dernières années, les modalités d'action de l'administration se sont diversifiées. S'il est fait appel à la législation pour structurer les relations entre l'administration et les administrés, le recours à des modes d'interventions mous reste récurrent (A.). Pour sa part, le contrôle juridictionnel de l'action administrative s'est réveillé depuis les années 1960<sup>55</sup>, mais il reste un mode de contrôle parmi d'autres de l'action administrative (B.).

### A. L'élasticité de la légalité à la suite des transformations de la relation entre l'administration et l'administré

Connue actuellement pour l'usage du *nudging*,<sup>56</sup> l'administration anglaise reçoit plus traditionnellement attention dans la doctrine pour l'exercice de sa *discretion*,<sup>57</sup> qui s'est particulièrement développée avec l'avènement de l'État providence au cours du XX<sup>e</sup> siècle. Néanmoins, les missions de l'administration en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle, si elles persistent dans de nombreux domaines de l'État providence, ont subi d'importantes modifications à la suite de la privatisation de l'économie anglaise depuis les années 1980. Aujourd'hui l'administration anglaise exerce des fonctions importantes de financement, d'encouragement et de contrôle qu'il convient de prendre en compte car le rapport à la légalité administrative est susceptible d'être différent lorsque des mécanismes de contractualisation des missions publiques interviennent<sup>58</sup>. Il existe ainsi une forme de stratification de la légalité et de sa relative absence ou présence parmi les outils de l'administration.

<sup>51</sup> M. Cohn, *A Theory of the Executive Branch – Tensions and Legality*, Oxford University Press, 2021, p. 2. Cet ouvrage compare le droit américain et le droit anglais.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp. 69-96.

<sup>53</sup> A savoir l'ensemble des pouvoirs et privilèges que le souverain détient en vertu de la tradition de manière immémoriale (par exemple signer les traités internationaux, envoyer les troupes dans des conflits, nommer les ministres etc.). Certains pouvoirs sont exercés directement par le souverain (ex. proroger le parlement), alors que d'autres sont exercés indirectement par le souverain, par le biais des ministres (ex. l'exercice du droit de grâce).

<sup>54</sup> P. Craig, « Legality: Six Views of the Cathedral », *op.cit.* p. 884.

<sup>55</sup> T.T. Arvind, R. Kirkham, D. Mac Sithigh, L. Stirton (dir.), *Executive Decision-Making and the Courts – Revisiting the Origins of Modern Judicial Review*, Hart, 2021.

<sup>56</sup> D. Halpern, *Inside the Nudge Unit: How Small Changes Can Make a Big Difference*, Allen, 2015 ; A.L. Siboni, « The UK COVID-19 Response: A Behavioural Irony? », *European Journal of Risk Regulation* 2020 special issue 2, pp. 350-357.

<sup>57</sup> D. Galligan, *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*, Clarendon, 1990.

<sup>58</sup> R. Thomas, « Does Outsourcing Improve or Weaken Administrative Justice? A Review of the Evidence », *Public Law* 2021 (3), pp. 542-564.

Tout d'abord, les difficultés liées à l'usage de pouvoirs discrétionnaires par l'administration ont mené à la reconnaissance de principes généraux de droit, comme la *natural justice*, en particulier le droit d'être entendu. Il n'existe en revanche pas de principe général d'obligation de motivation formelle des actes administratifs ni d'obligation de consultation, mais des législations particulières peuvent les prévoir ou des circonstances tout à fait particulières peuvent les justifier<sup>59</sup>.

Ensuite, la légalité de l'action administrative s'est trouvée saisie par la législation au sens matériel, aussi bien par le *Human Rights Act* 1999 ou encore par les *Public Contracts Regulations* 2015. Ces deux matières illustrent chacune à leur manière la stratification et la fragilité d'un encadrement de l'action administrative par les instruments de nature législative. Ainsi, l'*Human Rights Act* est périodiquement remis en question<sup>60</sup>, tout en servant de catalyseur au développement de la protection des droits fondamentaux sur la base de la *common law*<sup>61</sup>. Les *Public Contracts Regulations*, contenant des mécanismes à la fois facilitant et contraignant l'action administrative<sup>62</sup>, sont complétées par un arsenal de documentation de nature molle<sup>63</sup> et leur prochaine modification à la suite du Brexit semble conduire à l'extension du pouvoir discrétionnaire et du recours aux instruments de droit mou<sup>64</sup>.

De plus, la législation anglaise reconnaît à l'administration des pouvoirs d'action unilatérale, voire de sanctions administratives, dans de nombreux domaines, que ce soit dans le cadre des bénéfices sociaux<sup>65</sup> ou du maintien de l'ordre (ex-ASBO, acronyme de *Anti-Social Behaviour Order*). Il apparaît ainsi que dans le cadre des techniques de répression des actes anti-sociaux, les mesures coercitives sont utilisées à la suite de l'échec d'interventions informelles<sup>66</sup>.

Enfin, la législation anglaise comporte également des *duties* en direction de l'administration, qui pourraient inciter à penser que l'action administrative peut se voir contrainte de remplir certains devoirs. Il n'est pas possible de dresser un inventaire de ces *duties* ici. Un exemple peut être tiré du devoir pour les autorités locales d'assurer un accompagnement d'une jeune personne ayant des besoins reconnus en termes d'éducation spécialisée<sup>67</sup>. Néanmoins, les mécanismes de recours et d'*accountability* sont insatisfaisants pour rendre cette

---

<sup>59</sup> Pour l'obligation de motiver de la part de l'exécutif : *R (on the application of Miller) v The Prime Minister* [2019] UKSC 41.

<sup>60</sup> P. Munce, « The Conservative Party and Constitutional Reform: Revisiting the Conservative Dilemma through Cameron's Bill of Rights », *Parliamentary Affairs* 2014 (67), pp. 80-101 ; M. Amos, « Problems with the Human Rights Act 1998 and How to Remedy Them: Is a Bill of Rights the Answer? », *Modern Law Review* 2009 (72), pp. 883-908 ; S. Lambrecht, « Bringing Rights More Home: Can a Home-grown UK Bill of Rights Lessen the Influence of the European Court of Human Rights? », *German Law Journal* 2014 (15), pp. 407-436.

<sup>61</sup> Lady Hale, « UK Constitutionalism on the March? », *Judicial Review* 2014 (19), pp. 201-208 ; C. O'Conneide, « Human Rights and the UK Constitution » in J. Jowell et C. O'Conneide (dir.) *The Changing Constitution*, Oxford University Press, 2019, 9<sup>ème</sup> éd., pp. 58-94, pp. 73-76 ; M. Elliott et K. Hughes (dir.) *Common Law Constitutional Rights*, Hart, 2020.

<sup>62</sup> A. Davies, *The Public Law of Government Contracts*, Oxford University Press, 2008, p. 66.

<sup>63</sup> Y. Marique, « Principles in English Public Contracts: Law, Ethics and Administrative Management » in S. de la Rosa et al. (dir.) *Principes du droit des contrats publics*, Bruylant (à paraître).

<sup>64</sup> S. Arrowsmith, « Transforming Public Procurement Law after Brexit: Some Reflections on the Government's Green Paper », *PPLR* 2021 (3), pp. 103-123.

<sup>65</sup> M. Adler, « A New Leviathan: Benefit Sanctions in the Twenty-first Century », *Journal of Law and Society* 2016 (42:2), pp. 195-227.

<sup>66</sup> S. Demetriou, « Crime and Anti-Social Behaviour in England and Wales: An Empirical Evaluation of the ASBO's Successor », *Legal Studies* 2020 (40:3), pp. 458-76.

<sup>67</sup> *Children and Families Act* 2014, section 42.



*duty* effective.<sup>68</sup> De même, la possibilité de mettre en cause la responsabilité de l'administration lorsqu'elle ne remplit pas ce type de devoirs est faible.<sup>69</sup>

## B. Le contrôle juridictionnel de la légalité, un contrôle parmi d'autres

Le contrôle du respect de la légalité par l'administration peut être exercé par une série de mécanismes, notamment par le biais du contrôle de la bonne administration par l'*ombudsman*, auxiliaire du Parlement, du contrôle parlementaire<sup>70</sup> ou encore *via* le contrôle de la régularité et de la *value for money* des dépenses publiques par le *National Audit Office* pour le niveau central<sup>71</sup>. Le système est constamment en chantier au niveau local depuis 2010<sup>72</sup>. En l'absence de technique de contrôle de la légalité semblable à ce qui existe en France par rapport aux collectivités locales, le contrôle de la régularité des dépenses des collectivités locales est un instrument important en Angleterre pour structurer les relations entre les autorités centrales et locales. L'octroi de financements et leur suivi par le *Treasury* influencent les politiques locales, qui souffrent particulièrement de l'austérité financière instaurée depuis 2010<sup>73</sup>. Dès lors, le contrôle juridictionnel est l'un des modes de contrôle de la légalité de l'action administrative parmi d'autres. Il peut être exercé par les *tribunals* ou par la Cour Administrative, en particulier dans le cadre du *judicial review*. Quantitativement, les recours devant les *tribunals* sont les plus nombreux, mais ils peuvent couvrir des aspects tant factuels que légaux<sup>74</sup>. Seul le *judicial review* sera brièvement présenté ici pour son importance de principe sur le contrôle de légalité<sup>75</sup>.

En droit anglais, le *judicial review* n'est pas un droit du justiciable : son admissibilité est laissée au pouvoir discrétionnaire du juge. Un juge peut techniquement ne pas admettre un recours mettant en cause la légalité de l'action administrative. Le *judicial review* est toujours considéré comme un moyen de dernier ressort lorsque toutes les autres options ont été épuisées. Quantitativement<sup>76</sup>, le *judicial review* est utilisé de manière peu fréquente : son effectivité tient dans sa plus-value systémique<sup>77</sup>. Dès lors, un fonctionnaire efficace ne doit pas seulement tenir

<sup>68</sup> R. Thomas, « Analysing Systemic Administrative Justice Failures: Explanatory Factors and Prospects for Future Research », *Journal of Social Welfare and Family Law* 2021, pp. 339-363, (pp. 343-344, p. 354).

<sup>69</sup> La responsabilité de l'administration est le parent pauvre du droit administratif anglais : T. Cornford, *Towards a Public Law of Tort*, Ashgate, 2008 ; K. Oliphant (dir.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Intersentia, 2016, pp. 849-887.

<sup>70</sup> Voy. not. à propos des difficultés surgissant à propos de la réglementation relative à la Covid-19 et des différences entre la législation et son interprétation (Joint Committee on Human Rights, *The Government's Response to COVID-19: Human Rights Implications* (7<sup>th</sup> Report 2019-21 HC 265 HL Paper 125) para 45-46). Select Committee on the Constitution, *COVID-19 and the Use and Scrutiny of Emergency Powers* (3<sup>rd</sup> Report 2019-21 HL15) para 127 svts.

<sup>71</sup> *Budget Responsibility and National Audit Act* 2011; *National Audit Act* 1983, section 6.

<sup>72</sup> M. Sandford, *Local Audit in England*, House of Commons Library, 2021.

<sup>73</sup> NAO, *Financial Sustainability of Local Authorities 2018* (2017-19 HC 834).

<sup>74</sup> Statistiques pour 2019-2020: app. 380.000 affaires (G. Sturge, *Court statistics for England and Wales*, House of Commons Library, Briefing, CBP 8372, 22 December 2020, 7). Les relations entre les fautes administratives que sont la mauvaise administration, l'illégalité et l'erreur substantielle sont discutées par D. Cowan et al., *op.cit.*, pp. 215-234.

<sup>75</sup> La présente contribution se concentre sur les voies d'action directe exercées à l'encontre d'une action administrative. Les voies d'action indirectes – en particulier l'exception d'illégalité – ne sont pas abordées. Voy. Y. Marique et L. Marsons, « Collateral Challenges in England and Wales: More Questions than Answers » in M. Eliantonio et D. Dragos (dir.) *The Plea of Illegality in Europe*, Routledge (à paraître).

<sup>76</sup> Statistiques pour 2019: app. 3.400 demandes de *judicial review* (Ministry of Justice, *Civil Justice Statistics Quarterly, England and Wales, January to March 2020 (provisional)*, pp. 12-13).

<sup>77</sup> M. Sunkin, « The Impact of Public Law Litigation » in M. Elliott et D. Feldman (dir.) *The Cambridge Companion to Public Law*, Cambridge University Press, 2015, pp. 236-255 ; L. Platt, M. Sunkin et K. Calvo,

compte des préférences politiques des élus, mais également de ce qui pourra survivre au contrôle juridictionnel<sup>78</sup>. Le gouvernement anglais cherche en tout cas à le limiter, même si les recherches empiriques contestent que l'usage du *judicial review* perturbe l'action administrative<sup>79</sup>.

Trois causes d'annulation sont ouvertes dans le cadre du *judicial review* : des irrégularités procédurales (*procedural impropriety*), le caractère déraisonnable d'une décision légale<sup>80</sup> et l'illégalité. Dans ce cadre, le principe de légalité est entendu comme un principe d'interprétation selon lequel il faut que le Parlement exprime en termes clairs ou par voie de conséquence nécessaire son intention de déroger à des principes fondamentaux de la *common law*<sup>81</sup>. De cette manière, le principe de légalité a pu être utilisé comme outil interprétatif pour réduire une habilitation donnée par le législateur. La loi peut ne pas être le meilleur garant de la *rule of law*, notamment lorsqu'elle rend l'accès au juge plus compliqué. Dans ce cas, la Cour Suprême a fait primer le principe de la *rule of law* sur la loi<sup>82</sup>. Spéculant sur la possibilité d'une abolition législative du *judicial review*, la Cour suprême a estimé que « *[t]he rule of law requires that the judges must retain the power to insist that legislation of that extreme kind is not law which the courts will recognise* », <sup>83</sup> ce qui implique qu'une telle loi ne se verrait pas reconnue par le juge. Sans être aussi dramatique, la jurisprudence recèle d'exemples où la question de l'interprétation littérale ou systémique de la loi a donné lieu à des discussions entre les juges<sup>84</sup>. Ces discussions judiciaires montrent que le principe de légalité se révèle être un concept ouvert. Elles peuvent aussi expliquer pourquoi, s'il a sa place dans l'ordre juridique anglais, ce principe de légalité n'est qu'un outil parmi d'autres pour structurer l'action administrative et ses transformations contemporaines.

---

« Judicial Review Litigation as an Incentive to Change in Local Authority Public Services in England and Wales », *Journal of Public Administration Research and Theory* 2010 (20 suppl 2), pp. i243–i260 ; M. Sunkin et V. Bondy, « The Use and Effects of Judicial Review: Assumptions and the Empirical Evidence » in J. Bell, M. Elliott, J. Varuhas et P. Murray (dir.) *Public Law Adjudication in Common Law Systems: Process and Substance*, Hart, 2016.

<sup>78</sup> J. Heath, *The Machinery of Government: Public Administration and the Liberal State*, Oxford University Press, 2020, p. 64.

<sup>79</sup> M. Elliott, « The Judicial Review I: The Reform Agenda and its Potential Scope » 3 août 2020, disponible sur <https://publiclawforeveryone.com/2020/08/03/the-judicial-review-review-i-the-reform-agenda-and-its-potential-scope/> (consulté le 30 novembre 2021).

<sup>80</sup> *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

<sup>81</sup> J. Varuhas, « The Principle of Legality », *Cambridge Law Journal* 2020 (79:3), pp. 578-614.

<sup>82</sup> *R (on the application of UNISON) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51.

<sup>83</sup> « La *rule of law* exige que les juges conservent le pouvoir d'insister sur le fait qu'une législation de ce type extrême n'est pas une loi que les tribunaux reconnaîtront » (*AXA General Insurance Limited v The Lord Advocate and others* [2011] UKSC 46, para [51] [Lord Hope]).

<sup>84</sup> Voy. exemples fournis par J. Varuhas, « The Principle of Legality », *art. cit.*, pp. 588-589.